الوصية وأحكامها فى الشريعة الإسلامية

دراسة فقهية مقارنة

تأليف الدكتور
حسين عبد المجيد حسين أبو العلا
الأستاذ المساعد
بقسم الفقه المقارن
بكلية الشريعة والقانون بأسيوط

الناشر : مصر أسيوط كمبيوتر - أسيوط ٤ شارع الجلاء



بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وإذا الموءودة سئلت ۝ بأى ذنب قتلت ﴾

صدق الله العظيم

سورة التكوير الآيتان ٨ و ٩

تقديم

الحمد لله رب العالمين - الذى تذلل بقدرته الصعاب - وتقضى برحمته الحاجات.
سبحانك ربنا لا علم لنا إلا ماعلمتنا إنك أنت العليم الحكيم.
والصلاة والسلام على من اجتباه ربه واصطفاه، ورفع ذكره فى أرضه وسماه، من بلغ الرسالة، وأدى الأمانة ونصح الأمة وكشف الغمة - وجاهد فى الله حق جهاده حتى أتاه اليقين، وعلى آله وصحابته الغر الميامين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.
أما بعد :-

فإن موضوع الوصية من الموضوعات الهامة التى شرعها العليم الخبير ليتدارك بها الإنسان مافاته فى حياته من أعمال الخير والبر، يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.
ولقد بين النبى صلى الله عليه وسلم أهمية الوصية فى أحاديث كثيرة منها ما رواه البخارى بسنده إلى ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال - "ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين وله شئ يريد أن يوصى فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه."[1]
وما رواه الدارقطنى بسنده إلى معاذ بن جبل عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال - "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم."[2]
لذا توجهت همتى زمنا للكتابة فى هذا الموضوع وأن أخصه ببحث مستقل ليسهل الانتفاع به، فقمت ببيان آراء الفقهاء فى مسائله المختلفة مع ذكر أدلتهم والمناقشات التى وردت عليها ما استطعت إلى ذلك سبيلا. وإن كنت أعلم أنه قد سبقنى للكتابة فى هذا الموضوع جهابذة العلماء، غير أنى وددت أن أدلى بدلوى معهم، وإن كنت عالة عليهم.

والله أسأل أن ينفع به كاتبه وقارئه، وأن يتقبله منى ويجعله لى ذخرا يوم لا ينفع مال ولا بنون، ومعين فضل يوم ينقطع عملى إلا ثلاث.

كما أسأله سبحانه وتعالى الرضا والتوفيق لكل قارئ رأى مقام نصح فأسدى إلى نصحه أو أفاد منه فدعا لى بخير.

والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفقير إلى الله
حسين عبدالمجيد حسين أبو العلا
الأستاذ المساعد
بكلية الشريعة والقانون بأسيوط
قسم الفقه المقارن

١- فتح البارى بشرح صحيح البخارى ٣٥٨/٥ طبعة المطبعة السلفية ومكتبتها.
٢- سنن الدارقطنى ١٥٠/٤، طبعة دار المحاسن للطباعة.

التمهيد

فى معنى الوصية
ودليل مشروعيتها وحكمها
وحكمتها ومقدارها
والفرق بينها وبين غيرها من العقود التى تشتبه بها

وفيه سبعة مباحث

المبحث الأول

معنى الوصية

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

معناها لغة

الوصية لها معان متعددة حسب مأخذها. وهي اسم مصدر يجمع على وصايا كعطية وعطايا، وهي تفيد العموم سواء كان الموصى به مالا أو منفعة أو عملا.

وعلماء اللغة لم يفرقوا بين الوصية والإيصاء، كما أنهم لم يفرقوا بين الفعل المتعدى بنفسه أو باللام أو بإلى.

ولكن الذين فرقوا فى هذا الأمر هم بعض الفقهاء[1] فاستعملوا لفظ الوصية على التصرف فى المال المضاف لما بعد الموت، ولفظ الإيصاء فى جعل الغير وصيا على من يلى أمره بعد وفاته.

١- فقد جاء فى رد المحتار على الدار المختار "يقال أوصى إلى فلان أى جعله وصيا، وأوصى لفلان بمعنى ملكه بطريق الوصية، إنما هى تفرقة اصطلاحية قال بها بعض الفقهاء، انظر ٦٤٧/٦ وما بعدها طبعة مصطفى البابى الحلبى.

وقال الدسوقى "يقال وصيت له أى بمال وأوصيت إليه أى جعلته وصيا فهما مختلفان، انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٢/٤ طبعة إحياء الكتب العربية للحلبى.

وعلى ذلك تطلق الوصية أو الإيصاء على ما يأتى :-

١- الوصل و الاتصال - يقال وصيت الشئ بالتخفيف أوصيه : إذا وصلته، ويقال أرض واصية : أى متصلة النبات.

قال الشاعر :-

نصى الليل بالأيام حتى صلاتنا   مقاسمة يشتق أنصافها السفر

هذا إذا كان مأخذ الوصية من اسم المصدر الثلاثى وصى.

٢- العهد :- يقال أوصى الرجل ووصاه عهد إليه، هذا إذا كان مأخذ الوصية من اسم المصدر الرباعى أوصى.

٣- الاستعطاف :- يقال أوصيته بولدى أى استعطفته عليه.

٤- فعل الوصى وما يوصى به "بكسر الصاد" من مال أو غيره من عهد ونحوه.

ويسمى فعل الموصى وصية، لأنه لما أوصى كأنه وصل ما بعد الموت بما قبله فى نفوذ تصرفه.[1]

وعلى ذلك تكون الوصية هى عبارة عن كل شئ يؤمر بفعله وتنفيذه بعد الموت، ولقد خصصها العرف بما يعهد بفعله وتنفيذه بعد الموت.[2]

١- راجع القاموس المحيط ٤٠٠/٤ طبعة المكتبة التجارية الكبرى، معجم مقاييس اللغة ١١٦/٦ طبعة دار إحياء الكتب العربية، للمصباح المنير للفيوى ٢٥٤ طبعة بلونين ميسرة لبنان، لسان العرب لابن منظور مادة وصى طبعة دار صادر بيروت، معجم ألفاظ القرآن الكريم ٨٥٤/٢ طبعة الثانية دار الفكر العربى بيروت.

٢- الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٢٥٩/٢ طبعة دار الكتب المصرية

المطلب الثاني

معناها اصطلاحا

عرف الفقهاء الوصية بتعريفات مختلفة فى مبناها متقاربة فى معناها، فعرفها الحنفية بتعريفين :-

التعريف الأول :-

أنها "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة".[1]

شرح التعريف :-

قولهم "تمليك" يشمل كل تمليك ناشئ عن تصرف، سواء أكان هذا التمليك بطريق التبرع أم بطريق العوض، وسواء أكان فى الحياة أم بعد الممات.

وقولهم "مضاف إلى ما بعد الموت" قيد يخرج به ما سوى الوصية من التمليكات المضافة إلى ما بعد الموت كالهبة، لأنها تمليك بطريق التبرع فى الحال.

وقولهم "على سبيل التبرع" قيد يخرج به التمليك بالعوض كالبيع والإجارة.

وقولهم "عينا كان أو منفعة" قيد لبيان متعلق الوصية، وتشمل العين الموجودة بالفعل كالشجرة، أو الموجودة بالقوة كالثمرة المتجددة، وأيضا تشمل المنفعة المؤبدة والمؤقتة والمطلقة.

١- نتاج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ٤١١/١٠ طبعة دار الفكر بيروت، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٤٥٩/٨ الطبعة الثانية بيروت.

وقد اعترض على هذا التعريف :-

بأنه غير جامع لأفراد المعرف ، وذلك لأن التعريف لايشمل الوصية بحقوق ا لله تعالى الواجبة، وحقوق العباد الواجبة، كذلك لا يشمل الوصية بالولاية والوصاية، مع أنها قسم منها لا قسيم لها.

والتعريف الثاني :- أنها "اسم لما أوجبه الموصى في ماله بعد موته".[1]

وقد اعترض على هذا التعريف :-

بأنه غير جامع لجميع أفراد المعرف، وذلك لأن قوله "ما أوجبه الموصى في ماله بعد موته" لا يشمل جميع أفراد الوصايا، لأنه لا يتناول الوصية بالقرب الواجبة التى تسقط بالموت من غير وصية كالحج والزكاة والكفارات ونحوها، يضاف إلى ذلك أنه عرف الوصية بالأثر المترتب عليها، ولم يعرفها بالحد، لذا لم يلحظ ناحية تسبيبها لترتب مثل هذا أو ذاك الأثر في تركة الموصى.

وعرفها المالكية :-

بأنها "عقد يوجب حقا فى ثلث مال عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعد موته".[2]

شرح التعريف :-

قولهم "عقد" جنس فى التعريف يشمل العقود.

قولهم "يوجب حقا فى ثلث مال عاقده" يخرج جميع العقود، كالبيع والإجارة وغيرهما. ويدخل عقد الوصية، لأن الوصية وحدها هى التى يوجبها الشخص فى ثلث ماله.

١- بدائع الصنائع للكاساني ٣٨٤٣/١٠ طبعة الإمام بالقلعة.

٢- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٢/٤، الخرشى على مختصر خليل ١٦٧/٨ طبعة دار صادر بيروت.

قولهم "يلزم بموته" قيد يخرج به ما إذا تصرف الشخص فى ثلث ماله فى حياته تصرفا منجزا.

قولهم "أو يوجب نيابة" قيد يدخل به الوصاية، بمعنى اتخاذ وصى يرعى أمواله ويحافظ له عليها.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه قد اشتمل على ملكية الموصى لـه ثلث مال الموصى بعد موته فلا يلزم العقد إلا بعد موت الموصى، ونيابة الموصى له عن الموصى فى التصرف.

وقد اعترض على هذا التعريف :-

بأنه غير جامع لأفراد المعرف، لأنه ينتقض بالوصية بعتق العبد أو وقف المسجد، فإن كلا من العتق والوقف ليس فيه أدنى تمليك، وإنما هو فك ملك، وكذا الوصية بإبراء المدين من دينه.

وعرفها الشافعية :-

بأنها "تبرع بحق ولو تقديرا لما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عتق".[1]

١- نهاية المحتاج شرح المنهاج ٣٩/٦ طبعة دار إحياء التراث العربى ببيروت، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٩//٣ طبعة الحلبى، حاشيتى قليوبى وعميرة ١٥٦/٣ طبعة دار الفكر، بيروت.

شرح التعريف :-

قولهم "تبرع" جنس في التعريف يشمل كل تبرع سواء كان في الحياة أو بعد الموت، وسواء كان بحق أو بغيره.

وقولهم "بحق" يخرج التبرع بما ليس بحق، كأن يتبرع بما لا يملك، أو بملك الغير، وكلمة "حق" كلمة عامة شاملة تطلق على الأعيان والمنافع، لأن الحق هو الشئ الثابت المقدر.

وقولهم "مضاف" وصف للحق يخرج به التبرع بالحق المنجز.

وقولهم "ليس بتدبير ولا تعليق عتق" يخرج به تدبير العبد، وهو تعليق العتق بعد الموت لأنه لا يلتحق بالوصية إلا حكما.

وقد اعترض على هذا التعريف :-

بأنه غير جامع لأفراد المعرف، لأنه قيد الوصية بالتبرع، فلا يشمل الوصية بحقوق الله عز وجل أو حقوق العباد.

وعرفها الحنابلة :-

بأنها "التبرع بمال يقف نفوذه على خروجه من الثلث.[1]

١- الإنصاف في معرفة الراجح من مسائل الخلاف للمرداوي ١٨٣/٧ طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت.

شرح التعريف :-

قولهم "تبرع" جنس فى التعريف يخرج به ما ليس بتبرع.

قولهم "بمال" قيد يخرج به الوصية بغير المال.

قولهم "يقف نفوذه على خروجه من الثلث" بيان لمقدار الوصية وأنها لاتلزم إذا زادت عن الثلث.

وقد اعترض على هذا التعريف :-

بأنه غير جامع لأفراد المعرف، فقد قصر الوصية على التبرع بالمال ولم يشمل الوصية بحقوق الله عز وجل أو حقوق العباد، كالوصية بتأجيل دين أو بقسمة تركة على تقدير صحتها والوصية ببيع عين معينة من ماله أو غير ذلك من المعاوضات.

وعرفها الإمامية :-

بأنها "تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة".[1]

شرح التعريف :-

قولهم "تمليك" جنس فى التعريف يشمل كل تمليك، سواء كان قبل الموت أو بعده.

١- المختصر النافع ١٦٣ طبعة وزارة الأوقاف، شرائع الإسلام ٢٤٣/٢ طبعة دار الكتاب العربى بيروت.

وقولهم "عين أو منفعة" أخرج هذا القيد غير التمليك من التصرفات.

وقولهم "بعد الوفاة" قيد يبين أن هذا كله لا يكون إلا بعد موت الموصى.

وعرفها الإباضية :-

بأنها "عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت، وقد يصحبه التبرع، وتطلق شرعا أيضا على ما يقع به الزجر عن المنهيات والحث على المأمورات، وإن شئت فالوصية تبرع بحق مضاف لما بعد الموت بتدبير ولا تعليق عتق".[1]

ولكن التعريف الأول لهم يتصف بالشمول، لأنه جمع بين الوصية بالمال وقضاء الديون ومسائل الوصاية، بخلاف الثانى فإنه لا يشمل إلا الوصية بالمال والتى تكون على سبيل التبرع، ولا يشمل الوصايا بالحقوق الواجبة ولا مسائل الوصاية على الأموال وشئون الأيتام.[2]

المقارنة بين تعريفات الفقهاء

اتفق الفقهاء فى هذه التعاريف على أن الوصية عقد تبرع يخرج من ثلث التركة بعد موت الموصى، ثم اختلفوا بعد ذلك فى أشياء منها :-

١- شرح النيل وشفاء العليل ١٦٢/٦ طبعة دار الفتح بيروت.

٢- الوصية وأحكامها للأستاذ الدكتور/ محمود على. ص ٣٠ ، طبعة دار الهدى للطباعة.

١- إن تعريف الحنفية والمالكية ومن وافقهم لا يشمل الإسقاطات كالإبراء من الديون وغيرها.

٢- إن تعريف الشافعية والحنابلة قاصر فلا يشمل الوصية بحقوق الله وحقوق العباد وغير ذلك من المآخذ التى ذكرتها عند شرح التعاريف، فتكون هذه التعريفات قاصرة عن شمول جميع أفراد المعرف.

التعريف المختار :-

وبعد فإننى أرى أن التعريف الأولى بالقبول هو أن الوصية "تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت".[١]

شرح التعريف :-

قوله "تصرف" جنس فى التعريف يشمل جميع التصرفات، سواء كان هذا التصرف تمليكا أو إسقاطا أو غير ذلك، كالوصية للجهات الخيرية، كالمساجد والمستشفيات وغيرها.

أو حقا من الحقوق التى ليست مالا ولا منفعة ولا إسقاطا ولكنه حق مالى لتعلقه بالمال، كالوصية بتأجيل الدين الحال، والوصية بأن يباع ماله من فلان، أو يؤجر له بأجر معين، وكالوصية بتقسيم التركه، أو تخصيص بعض الورثة بجزء منها.

١- شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبى زهرة ٩/١٠ طبعة مطبعة أحمد مخيمر.

قوله "فى التركة" قيد يراد به كل ما يخلفه الميت من أموال، سواء كانت عينا أو منفعة أو حقا من الحقوق المالية، ويخرج بهذا القيد ما لا يعد تركة من الحقوق التى لا تنتقل بالموت من المورث إلى الوارث، سواء كانت حقوقا متعلقة بالمال كحق التصرف فى مال الغير بطريق الوكالة، أو غير متعلقة به كحق الولاية على النفس وحق الحضانة، فإن هذه الأشياء لا تدخل فى التركة، ومن ثم لا يكون التصرف فيها المضاف إلى ما بعد الموت وصية.

وقوله "مضاف إلى ما بعد الموت" قيد يخرج به جميع التصرفات حال الحياة، فإنها لا تسمى وصية.

وقد اعترض على هذا التعريف باعتراضين :

الاعتراض الأول :-

أنه غير شامل لكل أفراد المعرف، وذلك لأنه لا يتناول الوصية بإقامة وصى على أولاده الصغار.

ويجاب عن هذا :-

بأن هذا النوع لا يعد تصرفا فى التركة، بل إحداث ولاية عليها، وذلك لأن هذا النوع من الوصية ضرب آخر من الولاية، له حكمه وآثاره، ويبحث فى أحكام الولاية على المال.

الاعتراض الثاني :-

أن هذا التعريف لا يتناول الوصية بإجراء عقد من العقود أو بعمل من الأعمال التى تستوجب إنفاق مال، كالوصية من شخص بأن توقف عين تركته بعد موته على جهة كذا، وكالوصية بأن تباع عين معينة لفلان بثمن هو كذا، وكالوصية بعمارة مسجد كذا ونحو ذلك، فإن هذا النوع من الوصايا ليس تصرفا فى التركة بل هو أمر بإجراء تصرف فى التركة.

ويجاب عن هذا :

بأن هذا النوع من الوصايا وإن كان بإجراء عقد، أو بالقيام بعمل فإنه يستوجب فى التركة حقا تتحمله، وتنتقل إلى الورثة محملة به، ففى الوصية بالوقف أو بالبيع يكون لمن أريد الوقف عليه أو لمن له الولاية عليه أو لمن أريد البيع له أن يطالب بإجراء هذا الوقف أو البيع، ويطلب إقامة وصى لتنفيذ هذه الوصية، رضى الورثة أم أبوا، وفاء لحقه.[1]

١- انظر أحكام الوصية بحوث مقارنة للشيخ على الخفيف ص ١٦ طبعة سنة ١٩٦٢، أحكام الوصايا للأستاذ الدكتور ـ مصطفى شلبى ص ١٠٤ طبعة دار التأليف.

المبحث الثاني

دليل مشروعية الوصية وحكمها

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

دليل مشروعيتها

استدل الفقهاء على مشروعية الوصية بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب فمنه :

١- قول الله تعالى "كتب عليكم إذا حضرأحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين، فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه عى الذين يبدلونه إن الله سميع عليم".[١]

وجه الدلالة من الآيتين :-

أن الله عز وجل قال "كتب عليكم" والكتب من الله سبحانه وتعالى معناه الفرض والإلزام، ولا يكون الشئ مفروضا ولازما إلا إذا كان مشروعا.

١- سورة البقرة الآيتان ١٨٠،١٨١.

يضاف إلى ذلك أن قوله تعالى "فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه" دليل على حرمة التبديل والتغيير فى الوصية من الموصى وغيره مطلقا لأن ا لله رتب الإثم على ذلك، والإثم لا يكون إلا على فعل محرم أو ترك واجب فدل ذلك على مشروعيتها.

٢- قول ا لله تعالى "ياأيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض".[١]

وجه الدلالة من هذه الآية :-

أن ا لله سبحانه وتعالى حث المؤمنين على الإشهاد على الوصية، وهذا دليل على مشروعيتها، إذ لو لم تكن مشروعة لما حث المؤمنين على الإشهاد عليها.

٣- قوله تبارك وتعالى فى آية المواريث "يوصيكم ا لله فى أولادكم" إلى أن قال "من بعد وصية يوصى بها أو دين" ثم قال بعد ذلك "من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من ا لله وا لله عليم حليم".[٢]

١- سورة المائدة آية رقم ١٠٦.

٢- سورة النساء من الآيتين ١١ و ١٢.

وجه الدلالة من هذا :-

أن ا لله سبحانه وتعالى قدم الوصية على الدين للاهتمام بشأنها، وقرنها به، والدين واجب الأداء فدل ذلك على مشروعيتها.

يضاف إلى ذلك أن ا لله عز وجل شرع الميراث وجعله مؤخرا عن الوصية عند وجودها، لأن الميراث إنما يتعلق بالباقى من التركة بعد تنفيذ الدين والوصية، وإذا كان الأمر كذلك كانت الوصية أولى بالمشروعية.

أما السنة فمنها :

١- ما رواه البخارى[١] بسنده إلى ابن عمر[٢] رضى ا لله عنهما أن رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم قال "ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين وله شئ يريد أن يوصى فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه".[٣]

١- هو الإمام المحدث العظيم محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، أبو عبدا لله البخارى إمام المحدثين ولد ببخارى سنة أربع وتسعين ومائة هجرية، أولع منذ صباه بعلم الحديث، فطاف فى الأقطار ينشد ضالته حتى تضلع منه، وقد سمع الحديث من أكثر من ألف شيخ نحو ستمائة ألف حديث، فشرع فى تمييز الأحاديث الصحيحة من غيرها بعد أن عرف عللها معرفة لم تتم لأحد مثله حتى لقب بأمير المومنين فى الحديث، وعند ذلك ألف كتابه الجامع الصحيح الذى حل محل الإمام المتبع بين علماء هذا الفن، وتلقته الأمة بالقبول، توفى رحمه ا لله بقرية حزنتك من قرى سمرقند سنة ست وخمسين ومائتين هجرية، انظر تذكرة الحفاظ للذهبى ١٢٢/٢ طبعة حيدر أباد بالهند، الفكر السامى ٨٠/٣ و ٨١، مطبعة دار المعارف.

٢- هو أبو عبدالرحمن عبدا لله بن عمر بن الخطاب رضى ا لله عنهما القرشى العدوى، أسلم مع أبيه وهو صغير لم يبلغ الحلم، هاجر مع أبيه إلى المدينة، أول غزواته الخندق، وشهد مؤتة وفتح مكة واليرموك

وجاء فى رواية أخرى عن مسلم[1] والنسائى[2] "يبيت ثلاث ليال".[3]

وفى رواية للبيهقى[4] يبيت ليلة أو ليلتين".[5]

وفتح مصر وأفريقية، وكان من فقهاء الصحابة وعلمائهم، وكان كثير الاتباع لآثار الرسول صلى الله عليه وسلم، شديد التحرى والاحتياط فى فتواه. توفى سنة أربع وسبعين بمكة.

انظر ترجمته فى : سير أعلام النبلاء ٢٠٣/٣ طبعة مؤسسة الرسالة، وفيات الأعيان ٢٨/٣ طبعة دار صادر بيروت، الإصابة ٣٣٨/٢ مطبعة السعادة، الاستيعاب ٣٣٣/٢ طبعة نهضة مصر، طبقات ابن سعد ١٤٢/٤ طبعة بيروت.

٣- فتح البارى شرح صحيح البخارى ٣٥٨/٥ طبعة المطبعة السلفية ومكتبتها.

١- هو الإمام المحدث مسلم بن الحجاج بن مسلم، أبو الحسن القشيرى النيسابورى الشافعى الحافظ، أحد الأئمة الأعلام ولد سنة أربع ومائتين هجرية، رحل فى طلب الحديث إلى أقطار عديدة، منها مصر والشام والعراق والحجاز، وأخذ عن الأئمة الأعلام فى هذه البلاد حتى بلغ الغاية القصوى فى هذا الفن، ثم ألف كتابه العظيم المسند الصحيح المشهور بصحيح مسلم، وكتاب الطبقات، كان رضوان الله عليه صديقا حميما للبخارى، كثير الدفاع عنه، توفى رحمه الله تعالى بنيسابور سنة إحدى وستين ومائتين هجرية، انظر خلاصة تذهيب التهذيب للكمال ٣٧٥ المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق.

٢- هو أحمد بن شعيب النسائى، الإمام أبو عبدالرحمن ولد بنسا مدينة بخراسان سنة خمس عشرة ومائتين هجرية، طلب العلم منذ صباه، وكان رئيسا نبيلا حسن الهيئة كبيرا، وهو أحد الأئمة الحفاظ، كان زاهداً ورعاً، له مؤلفات منها كتاب السنن المشهور بسنن النسائى، وهو أحد الكتب الستة المعتمدة، وكتاب الضعفاء والمتروكين، توفى رحمه الله بمكة سنة ثلاث وثلثمائة هجرية.

انظر خلاصة تذهيب التهذيب للكمال ٣٦٥، تذكرة الحفاظ للذهبى ٢٤١/٢.

٣- صحيح مسلم ٧٠/٥ طبعة دار الفكر بيروت.

٤- هو أحمد بن الحسين بن على، أبو بكر من أئمة الحديث الكبار، ولد بنيسابور، ونشأ فى بيهقى، ورحل إلى بغداد ثم إلى الكوفة ومكة وغيرهما، ومات فى نيسابور وهو من أكابر الشافعية أيضا، ومن أشد العاملين على نصرة المذهب وانتشاره، وشهد له الذهبى بالقدرة على الاجتهاد، وله تصانيف نافعة مشهورة، منها السنن الكبرى والصغرى ودلائل النبوة والأسماء والصفات ومعرفة السنن والآثار وغير ذلك. انظر تذكرة الحفاظ ٣٠٩/٣، طبقات السبكى ٨/٤ طبعة عيسى الحلبى.

وجه الدلالة من هذا الحديث :-

أن هذا الحديث يدل على مشروعية الوصية لأن النبى صلى الله عليه وسلم لا يوصى إلا بشئ مشروع ولا يحث على كتابة شئ غير مشروع.

ومعنى الحديث :- ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده، فيستحب تعجيلها، وأن يكتبها فى صحته ويكتب فيها ما يحتاج إليه حتى لا يستطيع الورثة إنكارها بعد موت مورثهم.

٢- وما رواه البخارى[١] ومسلم[٢] وغيرهما بسندهم إلى سعد بن أبى وقاص[٣] رضى الله عنه أنه قال - جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من

٥- السنن الكبرى للبيهقى ٢٧٢/٦.

وذكر الليلة والليلتين والثلاث لرفع الحرج عن الإنسان لتزاحم أشغال المرء التى يحتاج إلى ذكرها، ففسح له هذا القدر ليتذكر ما يحتاج إليه، واختلاف الروايات فيه دال على أنه للتقريب لا للتحديد، والمعنى لا يمضى عليه زمان وإن كان قليلا إلا ووصيته مكتوبة، وفيه إشارة إلى اغتفار الزمن اليسير، وكأن الثلاث غاية للتأخير، لذلك قال ابن عمر رضى الله عنهما لم أبت ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك إلا ووصيتى مكتوبة عندى.

راجع - فتح البارى شرح صحيح البخارى ٣٥٨/٥، شرح الزرقانى على موطأ مالك ٣٣٨/٣ طبعة الكليات الأزهرية.

١- سبق تعريفه.

٢- سبق تعريفه.

٣- هو سعد بن أبى وقاص مالك بن أهيب أبو إسحاق الزهرى، خال رسول الله صلى الله عليه وسلم، ومن كبار الصحابة ومن أبرز قادة الفتح الإسلامى، إذ أنه فتح العراق، ويعد أول من رمى سهما فى سبيل الله، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة، ولد سنة ثلاث وعشرين قبل الهجرة، وتوفى سنة خمس وخمسين هجرية بالمدينة.

وجع اشتد بى، فقلت: يا رسول الله: إنى قد بلغ بى من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثنى إلا ابنة لى، أفأتصدق بثلثى مالى؟ قال:ـ"لا"، قلت فالشطر يارسول الله؟ قال: ـ "لا"، قلت: فالثلث؟ قال: "الثلث والثلث كثير أو كبير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس"[1].

فهذا الحديث يدل على مشروعية الوصية، وأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبى، ويدل أيضا على عدم التصدق بجميع المال، فقد قال الشعبى[2]: ما من مال أعظم أجرا من مال يتركه الرجل لولده يغنيهم به عن الناس.[3]

٣- ما رواه الدارقطنى[4] بسنده إلى معاذ بن جبل رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم".[5]

الإصابة ٢/٣٣، أسد الغاية ٢/٢٩٠ طبعة الشعب، الأعلام ٣/١٣٧، الطبعة الثالثة دار بيروت ـ الرياض النضرة ٢/٣٩٠، تذكرة الحفاظ ١/٢٢.

١- فتح البارى شرح صحيح البخارى ٥/٣٥٨، صحيح مسلم ٥/٧٢.

٢- هو عامر بن شراحيل بن عبد، أبو عمرو الشعبى الحميرى الكوفى، من أئمة التابعين وحفاظهم، كان إمام أهل زمانه فى الحديث والفقه، ولد سنة عشرين هجرية، وتوفى سنة مائة وتسع هجرية.
انظر تهذيب التهذيب ٥/٦٥، الأعلام ٤/١٩، تذكرة الحفاظ ١/٧٩.

٣- المغنى لابن قدامة ٨/٣٩٣ طبعة دار هجر.

٤- هو الإمام المحدث على بن عمر بن أحمد البغدادى الدارقطنى، الحافظ الفقيه الشافعى، ولد سنة ست وثلاثمائة هجرية بدارقطن، وهى محلة ببغداد، انفرد بالإمامة فى علم الحديث فى عصره، كان عارفا باختلاف الفقهاء،

وجه الدلالة من هذا الحديث :-

أن هذا الحديث يبين لنا أن الوصية قربة يتقرب بها الإنسان إلى الله عز وجل فى آخر حياته كى تزداد حسناته أو يتدارك ما فاته، ولا يكون الأمر كذلك إلا إذا كان مشروعا.

٤- ما رواه أبو داود[١] والترمذى[٢] بسنديهما إلى أبى هريرة[٣] رضى الله عنه - عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :- "إن الرجل ليعمل أو المرأة بطاعة

له أبحاث جليلة منها: السنن، والمختلف والمؤتلف، توفى رحمه الله تعالى ببغداد سنة خمس وثمانين وثلاثمائة هجرية.

انظر: الفكر السامى ١٣٧/٣ و ١٣٨، الأبحاث السامية ٣٠٢.

٥- سنن الدارقطنى ١٥٠/٤ مطبعة دار محاسن للطباعة، شرح معانى الآثار للطحاوى ٣٧٩/٤ طبعة مطبعة الأنوار المحمدية بالقاهرة. وهذا الحديث ذكر فى تلخيص الحبير بألفاظ مختلفة، من طرق ضعيفة، بعضها نسب إلى الدارقطنى والبيهقى وبعضها إلى ابن ماجه والبزار والبيهقى، وهذا الحديث وإن كانت طرقه ضعيفة إلا أنه تؤيده أدلة أخرى.

١- هو الإمام سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدى السجستانى، أبو داود، ولد سنة اثنتين ومائتين هجرية، وهو أحد الأعلام الحفاظ المعدودين، ومن الفقهاء المحققين، رحل إلى بلاد كثيرة فى طلب الحديث، كاان فى الدرجة الرفيعة من النسك والصلاح والورع، وكتابه السنن أحد الكتب الستة المعتمدة، عرضه على الإمام أحمد بن حنبل فاستحسنه، وتوفى رحمه الله تعالى بالبصرة سنة خمس وسبعين ومائتين هجرية. انظر الفكر السامى ٨٣/٣، الأبحاث السامية ٨٢٣، طبعة كريماديس بنطوان.

٢- هو محمد بن عيسى بن سورة السلمى، أبو عيسى من أئمة أهل الحديث، وصاحب السنن المشهورة باسمه، من أهالى ترمذ، وبها مات، وتتلمذ على البخارى، ورحل فى طلب العلم فى الآفاق، وعمى فى آخر عمره له كتاب السنن والشمائل والعلل، وتوفى سنة ٢٧٩ هجرية تسع وسبعين ومائتين. انظر طبقات الحفاظ ١٨٧/٢ طبعة دار صادر بيروت، خلاصة التذهيب ٣٥٥.

٣- الصحابى الجليل والمحدث عبدالرحمن بن صخر الدوسى، أبو هريرة، ولد سنة إحدى وعشرين قبل الهجرة، ونشأ يتيما فقيرا فى الجاهلية، ثم أسلم سنة سبع للهجرة، ولزم صحبة النبى صلى الله عليه وسلم فروى عنه خمسة آلاف وأربعة وسبعين وثلثمائة حديث، وبذلك يكون أكثر الصحابة حفظا ورواية للحديث، وقد ولى

ا لله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران فى الوصية فتجب لهما النار"، ثم قرأ أبوهريرة قوله تعالى "من بعد وصية يوصى بها أو دين غـير مضـار وصية من ا لله"[1].

وجاء فى رواية لأحمد[2] وابن ماجه[3] بمعناه، وقالا فيه : سبعين سنة[4].

إمرة المدينة، ثم استعمله سيدنا عمر رضى ا لله عنه على البحرين، توفى رحمه ا لله بالمدينة سنة تسع وخمسين هجرية.

انظر: التاريخ الكبير للبخارى ١٣٢/٣ مطبعة حيدر آباد الدكن الهند ١٣٦٢هـ، تذكرة الحفاظ ٧٩/١، والأعلام للزركلى ٨٠/٤، تهذيب التهذيب ٦٥/٥ طبعة دار صادر بيروت.

١ – سنن أبى داود ١١٣/٣، طبعة دار إحياء السنة النبوية، سنن الترمذى ٤٣١/٤، طبعة مصطفى البابى الحلبى – طبعة ثانية.

٢- هو أبو عبدا لله أحمد بن حنبل الشيبانى الوائلى، أحد الأئمة الأربعة، وهو إمام الحنابلة، ولد ببغداد ونشأ بها منكبا على طلب العلم، وله فى طلبه أسفار ورحلات كثيرة، دعى إلى القول بخلق القرآن فلم يجب فضرب وحبس، يقول عنه الشافعى: أحمد بن حنبل إمام فى القرآن إمام فى الفقه إمام فى الزهد إمام فى الورع إمام فى السنة، وله مصنفات منها المسند، التاريخ، الناسخ والمنسوخ، الزهد.

انظر ترجمته فى : المنهج الأحمد ٥١/١ الطبعة الأولى عالم الكتب بيروت ١٤٠٣ هجرية، طبقات ابن سعد ٣٥٤/٧، سير الأعلام ١٧٧/١١، وفيات الأعيان ٦٣/١.

٣- هو الإمام المحدث محمد بن يزيد الربعى، ابن ماجه أبو عبدا لله، وماجه تقرأ بهاء السكت وصلا ووقفا القزوينى الحافظ، أحد أئمة الحديث، رحل فى طلبه إلى كثير من الأقطار، ثم صنف كتابه السنن، وهو معدود من الكتب الستة عند كثير من المتأخرين، وتوفى رحمه ا لله تعالى سنة سبعين ومائتين. انظر خلاصة تذهيب التهذيب للكمال ص ٣٦٥، الفكر السامى ٨٣/٣.

٤- حديث أحمد وابن ماجه حديث حسن، حسنه الترمذى، وفى إسناده شهر بن حوشب وقد تكلم فيه غير واحد من الأئمة ووثقه أحمد بن حنبل ويحيي بن معين. انظر نيل الأوطار للإمام الشوكانى ٤٢/٦، مطبعة مصطفى البابى الحلبى.

وجه الدلالة من هذا الحديث :-

أن فى هذا الحديث وعيدا شديدا وزجرا بليغا وتهديدا لمجرد المضارة فى الوصية، لأنها مخالفة لما شرعه الله عز وجل، فتكون الوصية فى هذه الحالة محرمة، أما إذا كانت الوصية مبنية على العدل لا على الإضرار والجور والحيف، بأن يحرم بعض الورثة أو ينقصه أو يزيده على ما فرض الله له من الفريضة، فإنها تكون مشروعة، فمن سعى إلى الإضرار بالوصية كان كمن ضار الله فى حكمه وشرعه.[1]

أما الإجماع :-

فقد أجمعت الأمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على مشروعية الوصية، وكان الكثير يوصون من غير نكير عليهم من أحد.[2]

وأما المعقول :- فمنه :

١-حاجة الناس إليها لأن الإنسان مغرور بأمله ، مقصر فى عمله ، فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافى ما فاته من التقصير ، فيريد أن يختم حياته بالقربة زيادة فى حسناته.

١- انظر : تفسير ابن كثير ٤٦١/١ طبعة إحياء الكتب العربية، المبسوط للإمام السرخسى ١٤٤/٢٧ طبعة دار صاد بيروت.

٢- انظر : بدائع الصنائع للكسانى ٤٨٣٨/١٠ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٢/٦ طبعة دار المعرفة بيروت ، المغنى لابن قدامة ٣٩٠/٨ طبعة دار هجر بمصر ، شرح الزرقانى على موطأ مالك ٣٣٨/٣ ، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٣٩/٦ ، المختصر النافع ١٦٣ ، شرح كتاب النيل ١٦٢/٦.

٢-إن الوصية استخلاف من العبد لغيره فى ماله فتجوز ، كما يجـوز استخلاف الشارع فى الميراث ، إلا أن الشارع قصر استخلاف العبد لغيره على الثلث ، حفظا لحق الورثة ، فأبقى لهم الثلثين[1].

[1] – نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسـرار ٤١٦/١٠ ، طبعة دار الفكر بيروت ، بدائع الصنائع للكسانى ٤٨٣٧/١٠.

المطلب الثانى

حكم الوصية[1]

اتفق الفقهاء على أن الوصية إذا كانت متعلقة بحق من حقوق الله تعالى كالزكاة والحج وفدية الصيام والكفارات ، أو بحق من حقوق العباد كالدين والوديعة فإنها تجب فى هاتين الحالتين، وذلك لأنها هى الطريق للخروج من عهدة ما تعلق بذمته من هذه الحقوق الواجب أداؤها، فيكون واجباً عليه الوصية بها[2].

ثم اختلفوا بعد ذلك فى حكمها على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والحنابلة والإمامية والشافعى فى مذهبه الجديد والشعبى[3] والنخعى[4] والثورى[5] وأبو ثور[6] إلى أن الوصية مستحبة[7] يثاب فاعلها ولا يعاقب تاركها.

[1] – والمراد بالحكم هنا هو الوصف الشرعى لها من حيث كونها مطلوبة الفعل أو الترك ، وهو الحكم التكليفى.

[2] – بدائع الصنائع ٤٨٣٨/١٠ ، مواهب الجليل ٤٦٤/٦ طبعة مكتبة النجاح طرابلس ليبيا ، المغنى لابن قدامة ٣٩٠/٨ ، فتح البارى شرح صحيح البخارى ٣٥٩/٥ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٢٥٩/٢ ، المحلى لابن حزم الظاهرى ٣١٢/٩ طبعة المكتبة التجارية للطباعة والنشر والتوزيع ببيروت.

[3] – سبق تعريفه.

[4] – هو أبو عمران إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود الكوفى النخعى، الإمام الحافظ، فقيه العراق، رأى بعض الصحابة، وهو من كبار التابعين، وأحد الأئمة المشاهير، قال فيه أحمد : كان إبراهيم ذكيا حافظا صاحب سنة، توفى سنة ست وتسعين هجرية.

انظر ترجمته فى : سير أعلام النبلاء ٥٢٠/٤ ، وفيات الأعيان ٢٥/١ ، طبقات ابن سعد ٢٧٠/٦.

[5] – هو أبو عبد الله سفيان بن سعد بن مسروق بن حبيب بن رافع بن الحارث بن ثعلبة بن ثور الثورى، ولد سنة خمس وتسعين هجرية، كان إماما فى علم الحديث وغيره، وكان أعلم الناس بالحلال والحرام، وأجمع

وذهب الظاهرية[١] والزيدية والشافعى فى القديم والزهرى[٢] وأبو مجلز[٣] وعطاء[٤] وطلحة بن مطرف[٥] وإسحاق[٦] وأبو عوانةالإسفرايني[٧] وابن جرير[٨] ومنذر بن

الناس على دينه وورعه وزهده وثقته، وأحد الأئمة المجتهدين، توفى بالبصرة سنة إحدى وستين بعد المائة هجرية، من مؤلفاته الجامع الصغير والجامع الكبير فى الحديث وكتاب الفرائض.انظر : وفيات الأعيان ١٢٧/٢ ، سير الأعلام ٣٩١/٧.

٦ – هو إبراهيم بن خالد بن اليمان الكلبى، فقيه من بغداد كان علماً من الأعلام المأمونين فى الدين، له كتب فى الأحكام جمع فيها بين الحديث والفقه، كان على مذهب أهل الرأى لكنه اختلف إلى الإمام الشافعى عند مقدمه إلى العراق واتبعه حتى عد صاحباً له وناقلاً لأقواله القديمة، ولم يزل على هذه الحال حتى توفى فى بغداد ودفن فى مقبرة دار الكناس.

انظر : وفيات الأعيان ٧/١ ، الإصابة ٣١/١ ، الاستيعاب ٢٧/١.

٧ – تبيين الحقائق ١٨٢/٦ ، مواهب الجليل على مختصر خليل ٣٦٤/٦ ، الإقناع للحجاوى المقدسى ٧٦/٦ طبعة المطبعة المصرية بالأزهر، المغنى لابن قدامة ٣٩١/٨ ، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤٠/٦ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٢٥٩/٢ ، حاشية العدوى مطبوعة مع شرح الخرشى ١٦٧/٨ ، الطبعة الثالثة ١٣٧١ هجرية، شرائع الإسلام ٢٥٥/٢.

١ – إلا أن ابن حزم الظاهرى أوجبها للقرابة فقال : وفرض على كل مسلم أن يوصى لقرابته الذين لا يرثون إما لرق وإما لكفر وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث أو لأنهم لا يرثون فيوصى لهم بما طابت به نفسه، لا حد فى ذلك – انظر المحلى لابن حزم ٣١٢/٩.

٢ – هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب الزهرى، أحد الفقهاء والمحدثين والأعلام التابعين بالمدينة، رأى عشرة من الصحابة، وصف بأنه حافظ زمانه، قال عنه أبو داود حديثه ألفان ومئتا حديث، النصف منها مسند، ويقول عن نفسه : وما استودعت قلبى شيئا قط فنسيته، توفى سنة أربع وعشرين ومائة هجرية. انظر ترجمته فى : سير أعلام النبلاء ٣٢٦/٥ ، وفيات الأعيان ١٧٧/٤.

٣ – هو أبو مجلز بكسر الميم وبعدها جيم ساكنة ثم لام مفتوحة ثم زاى هذا هو المشهور فى ضبطه وحكى بفتح الميم، وهو تابعى معروف، اسمه لاحق بن حميد السدوسى، وكان ثقة، توفى فى خلافة عمر بن عبد العزيز. انظر الأسماء واللغات للإمام النووى ٢٦٦/٢ طبعة دار الكتب العلمية.

٤ – هو عطاء بن أبى رباح، أبو محمد أسلم وقيل سالم بن صفوان، مولى ابن فهر أو جمع المكى وقيل إنه مولى أبى ميسرة الفهرى، كانت ولادته أثناء خلافة عثمان من مولدى الجند، ونشأ بمكة، وكان من

سعيد[1] من المالكية وسعيد بن المسيب[2] والحسن البصرى[3] إلى أن الوصية واجبة على من ترك مالاً ويأثم تاركها[4].

أئمة التابعين ومن الفقهاء الأجلاء، يذكر أنه كان ينادى فى الحج : لايفتى الناس إلا عطاء بن أبى رباح، وكان من كبار الزهاد، توفى سنة مائة وخمس عشرة هجرية وقيل مائة وأربع عشرة هجرية. انظر وفيات الأعيان ٢٦١/٣، طبقات ابن سعد ٤٦٧/٥.

٥ – هو طلحة بن مطرف بن عمرو بن كعب اليامى بالتحتانية الكوفى ثقة قارئ فاضل. انظر تقريب التهذيب ٢٨٣/٣٠٣٤.

٦ – هو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلى التميمى المروزى، أبو يعقوب بن راهويه، عالم خراسان فى عصره، وأحد أئمة الإسلام وحفاظ الحديث، طاف فى البلاد فى جمع الحديث وأخذه من أعلامه كالبخارى ومسلم وأحمد، قال الخطيب : اجتمع له الحديث والفقه والحفظ والصدق والورع والزهد، ورحل إلى العراق والحجاز والشام واليمن واستوطن نيسابور وتوفى بها. انظر طبقات الحفاظ ١٩/٢.

٧ – هو الحافظ الكبير يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم بن يزيد الاسفراينى النيسابورى الأصل، صاحب الصحيح المسند المخرج على صحيح مسلم، وله فيه زيادات عدة، وطوف الدنيا، وعنى بهذا الشأن، وسمع يونس بن عبد الأعلى وأحمد بن الأزهر والزعفرانى وعلى بن حرب وعمر بن شيبة وغيرهم، توفى رحمه الله سنة ست عشرة وثلاثمائة هجرية. انظر تذكرة الحفاظ للذهبى ٧٧٩/٣.

٨ – هو محمد بن جرير بن يزيد، أبو جعفر الطبرى، ولد سنة ٢٢٤ أربع وعشرين ومائتين، كان إماماً ومؤرخاً ومفسراً، عرض عليه القضاء فامتنع، والمظالم فأبى، ومن تصانيفه جامع البيان فى تفسير القرآن، وأخبار الرسل والملوك، توفى سنة ٣١٠ عشر وثلاثمائة هجرية. انظر طبقات الشافعية ١٢٠/٣، ١٢٦ ، الأعلام ٢٩٤/٦.

١ – هو منذر بن سعيد البلوطى قاضى الجماعة بقرطبة، الإمام المحدث الفقيه العالم العامل لا يخلف فى الله لومة لائم، كانت مدة ولايته القضاء ستة عشر عاما لم يحفظ عليه جور فى قضية ولا قسم بغير سوية، له تآليف بارعة مفيدة منها أحكام القرآن والناسخ والمنسوخ، مولده سنة ٢٦٥ وتوفى فى ذى القعدة سنة ٣٥٥. انظر شجرة النور الزكية ٩٠.

٢ – هو الإمام الفقيه سعيد بن المسيب بن حزن المخزومى، أبو محمد المزنى، سيد التابعين، ولد لستتين خلون من خلافة عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان رأس من فى المدينة فى عصره مقدماً عليهم

– الأدلة –

استدل القائلون بأن الوصية مستحبة بالسنة والمعقول :

أما السنة :– فمنها :

١– ما روى البخارى[1] ومسلم[2] بسنديهما إلى سعد بن أبى وقاص[3] – أنه قال : جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى فقلت : يا

فى الفتوى، قال عنه قتادة: ما رأيت أحداً أعلم بالحلال والحرام منه، وهو أحد الفقهاء السبعة وهم سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم بن محمد بن أبى بكر، وخارجة بن زيد بن ثابت، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، وسليمان بن يسار، وفى السابع أقوال أشهرها أنه أبو مسلم بن عبد الرحمن بن عوف، وقيل سالم بن عبد الله بن عمر، وقيل أبو بكر بن عبد الرحمن بن حارث بن هشام، وكان هؤلاء بالمدينة، ولقد جمع بين الحديث والفقه، وكانت مراسيله جيدة مقبولة، توفى رحمه الله تعالى بالمدينة على أرجح الأقوال سنة تسع وثمانين هجرية، وقيل سنة أربع وتسعين هجرية. انظر طبقات ابن سعد ٨٨/٥ طبعة بيروت سنة ١٣٧٦هـ، طبقات الشيرازى ٥٧ طبعة دار الرائد العربى بيروت، تهذيب التهذيب ٨/٤ طبعة دائرة المعارف النظامية، سير أعلام النبلاء ٢١٧/٤.

٣ – هو أبو سعيد الحسن بن يسار البصرى، تابعى من سادات التابعين، جمع كل فن من علم وزهد وورع وعبادة، وكان من أفصح أهل زمانه ينطق بالحكمة، لايخاف فى الله لومة لائم، توفى بالبصرة سنة مائة وعشرة هجرية. انظر ترجمته فى وفيات الأعيان ٦٩/٢، سير الأعلام ٦٣/٤، طبقات بن سعد ١٥٦/٧.

٤ – المحلى لابن حزم ٣١٢/٩، البحر الزخار ٣٠٣/٦ طبعة مؤسسة الرسالة بيروت، مواهب الجليل ٣٦٤/٦، المغنى لابن قدامة ٣٩١/٨، نيل الأوطار للشوكانى ٣٧/٦، شرح الزرقانى على الموطأ ٥٩/٤.

١ – سبق تعريفه.

٢ – سبق تعريفه.

٣ – سبق تعريفه.

رسول الله إنى قد بلغ بى من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى إلا ابنة لى، أفاتصدق بثلثى مالى ؟ فقال :- "لا"، قلت فالشطر يا رسول الله ؟ قال : "لا"، قلت فالثلث ؟ قال : "الثلث، والثلث كثير أو كبير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس"[1].

وجه الدلالة من هذا الحديث :-

١-إن هذا الحديث يدل على أن الوصية مستحبة، وذلك لأنه قد حدث حوار بين النبى صلى الله عليه وسلم وبين سعد علم منه النبى صلى الله عليه وسلم أن سعداً يريد أن يتصدق بثلثى ماله، معللا ذلك بأنه لا وارث له غير ابنته، ولكن الرسول الكريم صلوات ربى وسلامه عليه لم يوافقه على ذلك، فيقول له سعد رضى الله عنه أبالثلث يا رسول الله؟ فيقول له النبى صلى الله عليه وسلم : الثلث، والثلث كثير، ثم يبين له العلة التى من أجلها لم يجعله يتصدق بأكثر من الثلث فيقول له: "إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس" فلو كانت الوصية واجبة لما دار هذا الحوار، ولبين النبى صلى الله عليه وسلم الأمر من بداية سؤاله له صلى الله عليه وسلم[2].

١ - سبق تخريجه.

٢ - راجع عقد الإيصاء للأستاذ الدكتور/ محمد أبو الريش ص ٢٨ طبعة مطبعة الأمانة بمصر.

٢-ما رواه البخارى[1] بسنده إلى عائشة[2] رضى الله عنها أنها أنكرت أن يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أوصى وقالت متى أوصى وقد مات بين سحرى[3] ونحرى[4].

وقد أخرج الإمام أحمد[5] وابن ماجه[6] بسنديهما إلى ابن عباس[7] رضى الله عنهما أنه قال :- إن رسول الله صلى الله عليه وسلم مات و لم يوص[8].

١ – صحيح البخارى ٧٨/٢ طبعة المطبعة البهية بمصر.

٢ – هى أم المؤمنين عائشة بنت أبى بكر الصديق رضى الله عنهما، تزوجها النبى صلى الله عليه وسلم قبل الهجرة، وهى بنت ست سنين، ودخل بها بعد الهجرة وهى ابنة تسع سنين، وتوفى عنها صلى الله عليه وسلم وهى بنت ثمانى عشرة سنة، ولم يتزوج النبى صلى الله عليه وسلم بكراً سواها، وكانت أحب نسائه إليه، وهى من أكثر الصحابة دراية بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم، توفيت سنة سبع وخمسين وقيل ثمان وخمسين للهجرة بالمدينة، ودفنت بالبقيع. انظر ترجمتها فى : وفيات الأعيان ١٦/٣، سير أعلام النبلاء ١٣٥/٢، أسد الغابة ١٨٨/٦، طبقات ابن سعد ٥٨/٨، الإصابة ٣٤٨/٤، الاستيعاب ٣٤٥/٤.

٣ – سحرى من السحر بالضم، وهى الرئة، والجمع أسحار، وقيل إن السحر ما لصق بالحلقوم والمرئ من أعلى البطن، وقيل هو كل ما تعلق بالحلقوم من قلب وكبد ورئة. انظر المصباح المنير ١٠٢.

٤ – النحر : هو موضع القلادة من الصدر، وهو أعلى الصدر، والجمع نحور. المعجم الوسيط ٩٤٢ طبعة مكتبة الصحوة، المصباح المنير ٢٢٧.

٥ – سبق تعريفه.

٦ – سبق تعريفه.

٧ – هو أبو العباس عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، وهو ابن عم النبى صلى الله عليه وسلم، كان يسمى البحر لسعة علمه، ويسمى حبر الأمة، ولد بالشعب فى مكة قبل الهجرة بثلاث سنين، دعا له النبى صلى الله عليه وسلم فقال : اللهم فقه فى الدين وعلمه التأويل، وكان من أفقه الناس وأعلمهم بالقرآن والحديث والعربية والشعر وأيام العرب، توفى بالطائف سنة ثمان وستين بعد أن كف بصره. انظر ترجمته فى : سير الأعلام ٣٣١/٣، أسد الغابة ١٨٦/٣، وفيات الأعيان ٦٢/٣، طبقات ابن سعد ٣٦٥/٢، الإصابة ٣٢٢/٢، الاستيعاب ٣٤٢/٢.

وجه الدلالة من هذه الروايات :

أنه قد ثبت من هذه الروايات أن النبـي صلـى ا لله عليـه وسـلم مـات و لم يوص، فلو كانت الوصية واجبة ما تركها صلى ا لله عليه وسلم، ولكنـه تركهـا، فدل ذلك على عدم وجوبها، كذلك لم يأمر بها، وإنما رغب فيها فقط، حتى إنه لم ينقل لنا أحد من الصحابة القول بوجوبها.

٣- ما رواه الدارقطنى[١] بسنده إلى معاذ بن جبل[٢] رضى ا لله عنه عن النبى صلى ا لله عليه وسلم أنه قال: "إن ا لله عز وجل قد تصدق عليكم بثلـث أموالكـم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها زيادة فى أعمالكم[٣]".

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن النبى صلى ا لله عليه وسلم بين فى هذا الحديث أن ا لله عـز وجـل قـد تفضل علينا بهذه الصدقة، لكى نتدارك ما فاتنا من الخير وأعمـال البـر و الصلـة،

٨ – سنن ابن ماجه ١٠٩/٢ طبعة المكتب الإسلامى ببيروت. وجاء فـى روايـة ابـن ماجـه عـن عائشـة رضى ا لله عنها أنها قالت:- ما ترك رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم ديناراً ولا درهما ولا شـاة ولا بعيرا ولا أوصى بشئ.

١ – سبق تعريفه.

٢ – هو معاذ بن جبل بن عمرو الأنصارى الخزرجى، أبو عبد الرحمن، أسلم وهو ابن ثمان عشـرة سـنة، وشهد بدراً والمشاهد، وكان ممن جمع القرآن، توفى سنة ١٨ ثمان عشرة هجريـة. خلاصـة التذهيـب ٤٧٩.

٣ – سبق تخريجه.

وهـذا يـدل علـى اسـتحبابها، لأن المتصـدق علينـا بـه لا يكـون فرضـا علينـا ولا واجباً[1].

أما المعقول :

فهو أن الوصية عطيـة لا تجـب فـى الحيـاة فـلا تجـب بعـد المـوت كعطيـة الأجانب[2].

واستدل القائلون بأن الوصية واجبة على من ترك مالا بالكتاب، والسنة، والأثر :

أما الكتاب : فمنه :

١- قول الله تبارك وتعالى "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن تـرك خـيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين، فمن بدله بعد ما سمعـه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم[3]".

وجه الدلالة من هاتين الآيتين :

أن قول الله عز وجل "كتب عليكم" أى فرض وألـزم عليكـم، والفـرض والإلزام يدل على الوجوب فتكون الوصية واجبة.

١ - أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٢٩٨ بحوث مقارنة طبعة سنة ١٩٦٢.

٢ - المغنى لابن قدامة ٣٩١/٨.

٣ - سورة البقرة الآيتان ١٨٠ ، ١٨١.

كذلك جعل الله عز وجل التغيير والتبديل فى الوصية حراماً، بدليل ترتب الإثم على ذلك، والإثم لايكون إلا على ترك واجب أو فعل محرم.

يقول ابن حزم الظاهرى[1]:- فهذا فرض كما تسمع فخرج منه الوالدان والأقربون الوارثون، وبقى من لا يرث منهم على هذا الفرض[2].

ويناقش هذا :

بأن هذه الآية منسوخة، فلا يجوز الاحتجاج بها، والناسخ لها أحد أمرين:-

الأمر الأول :

قول الله عز وجل "للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون[3]".

وهذا هو رأى ابن عباس رضى الله عنهما.

١ - هو على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهرى، أبو محمد، عالم الأندلس فى عصره، وأحد علماء الإسلام، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤ هجرية أربع وثمانين وثلاثمائة، وكانت له ولأبيه من قبله رياسة الوزارة وتدبير المملكة، إلا أنه زهد فيها وتركها وانصرف إلى العلم والتأليف، وقد رحل إلى بادية لبله من بلاد الأندلس؛ وتوفى فيها ٤٥٦ ست وخمسين وأربعمائة هجرية، وإن لسانه مضرب المثل حتى قيل : لسان ابن حزم وسيف الحجاج شقيقان، له مؤلفات منها : الفصل فى الملل والأهواء والنحل، والمحلى فى (١١) جزءا وجمهرة الأنساب، والإحكام فى أصول الأحكام ثمان مجلدات، والناسخ والمنسوخ، وإبطال القياس مخطوط. انظر ترجمته فى : الأعلام ٥٩/٥، البداية والنهاية ٩١/٧ مطبعة السعادة بالقاهرة.

٢ - المحلى لابن حزم ٣١٢/٩.

٣ - سورة النساء آية رقم ٧.

أو بآية المواريث وهى قوله تعالى "يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصى بها أو دين آباؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا فريضة من الله إن الله كان عليما حكيما[1]"

وهذا هو رأى ابن عمر[2] ومجاهد[3] وعكرمة[4] ومالك[5] والشافعى[6] رحمهم الله تعالى.[7]

١ - سورة النساء آية رقم ١١.

٢ - سبق تعريفه.

٣ - هو مجاهد بن جبر مولى السائب بن أبى السائب، أبو الحجاج المقرئ الإمام المفسر، عرض القرآن على ابن عباس ثلاثين مرة، ولد سنة ٢١ إحدى وعشرين هجرية ومات بمكة سنة ١٠٢ اثنتين ومائة أو ثلاث هجرية. انظر خلاصة التذهيب ٣٦٩.

٤ - هو عكرمة البربرى مولى ابن عباس، أبو عبد الله يعد أحد الأئمة الأعلام، قال الشعبى فى حقه : ما بقى أحد أعلم بكتاب الله من عكرمة، لقد وثقه أحمد وابن معين وأبو حاتم والنسائى، توفى سنة مائة وخمس هجرية. انظر خلاصة التذهيب ٢٢٩.

٥ - هو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحى كانت ولادته بالمدينة سنة خمس وتسعين هجرية، وصار إمام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة، وإليه ينسب المذهب المالكى، قصده طلبة العلم من الآفاق وازدحموا عليه فى خلافة الرشيد، إلى أن مات بالمدينة سنة مائة وتسع وسبعين هجرية ودفن بالبقيع. انظر وفيات الأعيان ١٣٥/٤، سير أعلام النبلاء ٨٤/٨، تذكرة الحفاظ ٢٠٧/١.

٦ - هو الإمام محمد بن إدريس الشافعى الهاشمى المطلبى، الإمام العظيم، صاحب المذهب المعروف، من مفاخر هذه الأمة وعظمائها علما وعقلا وكان إماما فى الفقه والأصول والشعر والأدب والحديث والرماية وله ذكاء خارق مفرط، ومناقبه كثيرة لاتحصى، وقد كتب فيها أئمة كبار أمثال الفخر الرازى، والبيهقى وابن أبى حاتم وغيرهم كثيرون، ولد عام ١٥٠ خمسين ومائة هجرية وتتلمذ على الإمام مالك وغيره، من أشهر

الأمر الثانى :

إن الناسخ لها هو ما رواه أبو داود الترمذى وابن ماجه[1] وغيرهم بسندهم إلى أبى قلابة[2] رضى ا لله عنه أنه قال – قال رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم :"إن ا لله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث[3]".

واعترض على هذا الحديث :– من وجهين :–

الوجه الأول :

أن الحديث المتواتر هو الذى ينسخ الكتاب، أما هذا الحديث فهو من قبيل أحاديث الآحاد فلا ينسخ القرآن.

وأجيب عن هذا :–

بأن هذا الحديث من قبل المتواتر، غير أن التواتر ضربان :

أ– تواتر من حيث الرواية وهو الذى يرويه جماعة عن جماعة لايتصور تواطئهم على الكذب.

مؤلفاته الأم فى الفقه، والرسالة فى الأصول، وهو واضع قواعد هذا الفن ومؤسسه، توفى فى القاهرة وقبره فيها مشهور مقصود. انظر طبقات السبكى ١٩٢/١، تذكرة الحفاظ ٣٢٩/١.

٧ – وهذا الرأى فى المغنى لابن قدامة ٣٩١/٨

١ – سبق تعريفهم جميعا.

٢ – هو عبد ا لله بن زيد بن عمرو الجرمى، أبو قلابة البصرى، أحد الأئمة، قال أيوب: أبو قلابة من الفقهاء ذوى الألباب، وقال ابن سعد: ثقة كثير الحديث، مات سنة ١٠٤ أربع ومائة هجرية وقيل ست وقيل سبع ومائة. انظر خلاصة التذهيب ١٩٨.

٣ – سنن أبى داود ٢٠٣/٢ طبعة دار الكتب العلمية بيروت، سنن الترمذى مع عارضة الأحوذى ٢٧٥/٨ طبعة إحياء التراث العربى بيروت، سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ طبعة المكتبة العلمية بيروت.

ب- وتواتر من حيث ظهور العمل به قرنا بعد قرن من غير نكير عليهم من أحد في العمل به[1].

وقد اشتهر العمل بهذا الحديث في عهد الصحابة والتابعين وتابعيهم من غير نكير، ومثله يوجب العمل قطعا فيجوز نسخ القرآن الكريم به.

الوجه الثاني :

أن حديث "لا وصية لوارث" ليس ناسخا للآية وإنما هو مخصص لعموم الآية، والحمل على التخصيص أولى من الحمل على النسخ.

بل قيل إن الوصية بقيت واجبة للوالدين والأقربين غير الوارثين بسبب الكفر والرق[2].

وأجيب عن هذا :-

بأن عامة العلماء قالوا إن الوصية في الابتداء كانت فريضة للوالدين والأقربين المسلمين، ثم نسخت بحديث أبي قلابة أو بآيات المواريث كما سبق بيانها فلا يلتفت لهذا الرأي.

٢- قول الله تبارك وتعالى "من بعد وصية يوصى بها أو دين[3]".

١ - والفرق بين المتواتر من حيث الرواية والمتواتر من حيث ظهور العمل به هو أن جاحد المتواتر في الرواية يكفر، وجاحد المتواتر في ظهور العمل لايكفر.

٢ - بدائع الصنائع للكساني ٤٨٤٠/١٠.

٣ - سورة النساء آية رقم ١١.

وجه الدلالة من هذه الآية :

بأن الآية الكريمة لاتدل على وجوب الوصية، وإنما تدل على فريضة الميراث، وأنه يخرج بعد إخراج الدين من المال وبعد إخرج الوصية إذا وقع الإيصاء بها، وليس سياقها فى نفس الآية دليل على وجوبها، بل لابد من أمر آخر يدل على الوجوب.

أما السنة :-

فما رواه البخارى[١] ومسلم[٢] بسنديهما إلى ابن عمر[٣] رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين وله شئ يريد أن يوصى فيه إلا ووصية مكتوبة عند رأسه[٤]".

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن هذا الحديث يدل على وجوب الوصية والمبادرة إلى فعلها، يؤيد ذلك أن ابن عمر رضى الله عنهما الراوى لهذا الحديث يقول :- لم أبت ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك إلا ووصيتى عندى[٥].

١ - سبق تعريفه.
٢ - سبق تعريفه.
٣ - سبق تعريفه.
٤ - سبق تخريجه.
٥ - صحيح مسلم ٥/٧٠.

ويناقش هذا من ثلاثة أوجه :

الوجه الأول :-

أن كلمة "حق" التى ذكرت فى الحديث معناها فى اللغة الشئ الثابت، وتطلق شرعاً على ما يثبت به الحكم، والحكم الثابت أعم من أن يكون واجبا أو مندوبا ويطلق أيضا على المباح[١].

الوجه الثاني :-

أن هذه الرواية فيها لفظ "يريد أن يوصى" والإرادة تفيد الحث على الوصية ورد أمر الوصية إلى رغبة وإرادة الموصى دون الوجوب، لأن الواجب لايقف وجوبه على إرادة من عليه كسائر الواجبات[٢]، يؤيد ذلك تفسير الإمام الشافعى[٣] رضى الله عنه لهذا الحديث فقد قال : إن معناه : ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده إذا كان له شئ يريد أن يوصى فيه لأنه لايدرى متى تأتيه منيته فتحول بينه وبين ما يريد من ذلك[٤].

١ - سبل السلام شرح بلوغ المرام ٣/١٠٠ طبعة دار الريان للتراث.

٢ - نيل الأوطار للشوكانى ٦/٣٧.

٣ - سبق تعريفه.

٤ - سبل السلام شرح بلوغ المرام ٣/١٠٠

الوجه الثالث :-

على فرض التسليم جدلا بأن الحديث يدل على الوجوب فإنه يحمل على من عليه واجب وحق أو عنده وديعة وأمانة، فإن هذه الأشياء واجب الإيصاء بها عند جميع الفقهاء وقد سبق ذلك.

الرأى المختار :-

فإننى أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الوصية مستحبة فى حق من ترك خيراً إذا لم تكن متعلقة بحق من حقوق الله أو حقوق العبد هو الأولى بالقبول لما ذكروه من أدلة ورد أدلة المخالفين.

وإن كان فى حقيقة الأمر أن الوصية عقد من العقود كأى عقد تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة. فتارة تكون واجبة، وتارة تكون مندوبة، وتارة تكون محرمة، وتارة تكون مكروهة، وتارة تكون مباحة[1].

فتكون الوصية واجبة : إذا كانت متعلقة بحق من حقوق الله تبارك وتعالى كالوصية بأداء زكاة أو بحج أو بفدية صيام وغير ذلك، أو متعلقة بحق من حقوق العباد كالديون والودائع.

[1] - الواجب : هو ما طلب الشارع فعله على وجه الحتم والإلزام ويعاقب تاركه. والمندوب : هو ما طلب الشارع فعله من غير إلزام ولا يذم تاركه. والحرام : هو ما طلب الشارع تركه على وجه الحتم والإلزام ويعاقب فاعله. والمكروه : هو ما طلب الشارع تركه لا على وجه الحتم والإلزام. والمباح : هو ما خير الشارع المكلف بين فعله وتركه. انظر : أصول الفقه الإسلامى للدكتور وهبة الزحيلى ٤٥/١ طبعة دار الفكر.

وتكون الوصية مندوبة : لمن ترك خيراً إذا كانت لأهل العلم والأقربين، هذا عند عامة الفقهاء خلافا لابن حزم[1] الذى يقول بوجوبها للأقربين، وأيضا إذا كانت الوصية لدور العبادة، وغير ذلك من وجوه الخير والبر.

وتكون الوصية محرمة : إذا أوصى بشئ محرم، سواء كان المحرم لذاته أو لغيره، فمن المحرم لذاته : وصية الضرار التى نهت عنها الآية الكريمة، وعدها العلماء من الكبائر، قال تعالى "من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار[2]"، وكالوصية بالنياحة، أو التجارة فى الخمر والخنزير، وغير ذلك من المحرمات، وقد تكون الحرمة عرضية ناشئة من حرمة ما تؤدى إليه كالوصية بإنشاء دور للفسوق والفجور وبيع الخمر والخنزير.

وتكون الوصية مكروهة : وهى التى تكون فيما علم كراهته من قبل الشارع كالوصية لغير قريبه مع وجود قريب له فقير محتاج[3].

وتكون الوصية مباحة : إذا استوى فعلها وتركها، كالوصية للأقارب والأجانب الأغنياء أو كانت الوصية بشئ مباح كالوصية بالبيع والشراء[4].

[1] – سبق تعريفه.

[2] – سورة النساء الآية رقم ١٢، وهو الحيف فى الوصية بأن يوصى بأكثر من الثلث أو يوصى للوارث.

[3] – قال الشافعية : إن كان ورثة الموصى فقراء فالمستحب أن لا يستوفى الثلث، لقوله صلى الله عليه وسلم :"الثلث كثير إنك أن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس" فاستكثر الثلث، وكره أن يترك ورثته فقراء فدل على أن المستحب أن لا يستوفى الثلث، وعن على رضى الله عنه أنه قال "لأن أوصى بالخمس أحب إلى من أن أوصى بالثلث"، وإن كان الورثة أغنياء فالمستحب أن يستوفى الثلث. انظر المهذب للإمام الشيرازى ٤٤٩/١ طبعة دار الفكر بيروت.

[4] – راجع ذلك فى بدائع الصنائع للكاسانى ٤٨٣٨/١٠، حاشية الزرقانى على الموطأ ٥٩/٥، حاشية العلامة العدوى المطبوعة مع شرح الخرشى ١٦٧/٨، نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملى ٤١/٦، الروض المربع شرح زاد المستقنع ٢٤٥/٢ طبعة المكتبة الفيصلية بمكة المكرمة، المحلى لابن حزم الظاهرى ٣١٤/٩.

المبحث الثالث

الحكمة من مشروعية الوصية

لقد اقتضت حكمة السميع العليم أن يجعل للوصية حكماً كغيرها من سائر العقود، يظهر بعضها بجلاء ويخفى البعض الآخر، ومن هذه الحكم التى من أجلها شرع الله الوصية حاجة الناس إليها، لأن الإنسان مغرور بأمله مقصر فى عمله، فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك فإنه يحتاج إلى تلافى ما فاته من التقصير، وبالوصية يحصل مقصوده مع عدم إضراره، لأنه قد يطول به الأجل ويمتد به الأمد وتعوزه الأيام إلى ماله الذى أوصى به فيرجع فى وصيته، فهى عقد جائز يجوز له الرجوع فيه متى يشاء ليصرف ما كان قد أوصى به فيما شاء من قضاء حاجاته، وقد يريد الإنسان مكافأة من أسدى إليه جميلا أو معروفا فى حياته راجيا بذلك وجه الله عز وجل، لهذا وغيره شرعها الشارع تمكيناً للإنسان من العمل الصالح[1].

[1] - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٢/٦، نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ٤١٣/١٠.

المبحث الرابع

فى الفرق بين الوصية وغيرها

من العقود التى تشتبه بها

إن الوصية عقد تبرع فهى تشبيه بغيرها من عقود التبرعات فلابد من تمييزها عن غيرها حتى تتضح لنا خصائصها المتميزة، وحتى لايحدث خلط فى أحكام كل.

وفى هذا البحث نبين ما اتفقت فيه الوصية مع عقد الهبة والوقف والميراث، وما تختلف فيه، فنقول وبالله تعالى التوفيق :-

أولا عقد الوصية والهبة أو العطية[1] :

إن الوصية تتفق مع الهبة فى : أن كلا منهما عقد تبرع وأن العطية إن زادت عن الثلث فإنه يتوقف نفاذها على إجازة الورثة، وإن خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله ولا بعده كذلك الوصية، وأن كلا منهما فضيلتها أقل من فضيلة الصدقة، وذلك لأن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الصدقة فقال: "أن تصدق وأنت صحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان[2]".

وأن العطية تتزاحم فى الثلث إذا وقعت دفعة واحدة كتزاحم الوصايا.

[1] – ولا فرق بين الهبة والعطية إلا أن ما يعطى فى حال صحة المعطى يسمى هبة وما يعطى فى حال مرض الموت يسمى عطية. انظر الروض المربع شرح زاد المستقنع ٢/٢٤١.

[2] – فتح البارى شرح صحيح البخارى ٥/٣٧٣.

وتختلف معها في بعض الأمور الآتية :

أ- إن عقد الوصية لا ينفذ إلا بعد الموت، لأنه عقد تبرع بعد الموت، فما يحدث من نمائها وغلتها فهي على ملك صاحبها، بخلاف الهبة فإنها تنفذ في حينها، لأنها تصرف في الحال، ونماؤها وغلتها للموهوب له.

ب- إن قبول الوصية وردها لا يكون إلا بعد الموت، لأنها تبرع بعد الموت، فتترتب عليها الأحكام بعد الموت. هذا بخلاف الهبة فإن قبولها وردها يكون حين وجودها، وهي توجد في الحال، فتترتب عليها أحكامها في الحال.

ج- إن الوصية يجوز الرجوع فيها قبل الموت، فحكمها حكم الهبة قبل القبول، بخلاف العطية بعد القبض فإنه لايجوز الرجوع فيها لأنها أصبحت لازمة في حق المعطى مهما كان مقدارها، وإنما منع من التبرع بزيادة عن الثلث لحق الورثة.

د- إن الوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضى الورثة، أما الهبة فلا تلزم بالقبول بعد الموت وقبل قبضها إلا برضى الورثة.

ه- إن الوصية يسوى فيها بين متقدمها ومتأخرها، ويدخل النقص على كل واحد بقدر وصيته، سواء كان فيها عتق أو لم يكن، لأنها تبرع بعد الموت فوجدت دفعة واحدة، بخلاف العطية إن ضاق الثلث عن جميعها فإنه يبدأ فيها بالأول فالأول.

و-إن الوصية تتأخر فى إخراجها عن العطية إلا فى العتق فإنه يقدم عليها، لأنه يتعلق به حق الله ويسرى وقفه وينفذ فى ملك الغير فيجب تقديمه[1].

ثانيا عقد الوصية والوقف :

إن عقد الوصية يتفق مع عقد الوقف فى أن كلا منهما عقد تبرع المقصود منه البر وحصول ثواب الله عز وجل وإيصال الخير إلى عباده.

وتختلف الوصية عن الوقف فيما يأتى :

أ- إن الملك فى الوصية لا ينتقل إلا بعد موت الموصى، بخلاف الوقف فإن الملك فيه ينتقل فى حياة الواقف وينتفع الموقوف عليه حال حياة الواقف، ويمكن أن يمتد نفعه بعد الموت.

ب- إن الشئ الموصى به يخرج عن ملك الموصى بعد موته، بخلاف الشئ الموقوف فإنه يخرج عن ملك الواقف بعد الوقف.

ج- إن الشئ الموصى به ليس له مدة محددة ثم يعود، بخلاف الوقف فإنه قد يحدد بمدة معينة يعود بعدها إليه أو إلى ورثته.

د- الوصية ترد على الأعيان والمنافع، والوقف يرد على الانتفاع بالموقوف فقط.

[1] - راجع هذه الأشياء فى تبيين الحقائق للزيلعى ٦/١٩٦، مواهب الجليل للحطاب ٦/٣٧٠، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣/٥١، الروض المربع شرح زاد المستقنع ٢/٢٤٥، منتهى الإرادات ٢/٣١.

هـ- إن الموصى له بعد قبض الشئ الموصى بـه يسـتطيع أن يتصـرف فيـه بجميـع أنواع التصرف، بخلاف الموقوف عليه فإنه ليس له أن ينتفع إلا بمقدار المـدة التى يحددها الواقف[1].

ثالثا عقد الوصية والميراث :

إن الوصية تتفق مع الميراث فى أن كلا منهما تمليـك مضـاف إلى مـا بعـد الموت.

وتختلف الوصية عن الميراث فيما يأتى :-

إن الوصية عقد لابد فيه من إيجاب الموصى، أمـا الإرث فليـس عقـداً فـلا يحتاج إلى إيجاب من المورث وقبول من الورثة.

أ- إن الوصية تصرف إنشائى من الموصى نفسه حال حياته لمصلحة غيره فى جزء من ماله أو فيه كله، وهى تخرج من المال قبل الميراث، فلا تـوزع التركـة علـى المستحقين بالميراث إلا بعد تنفيذ الوصية، أما الميراث فهـو حـق شـرعى يثبـت بعد الوفاة للورثة، ويتعلق هذا الحق بالباقى من تركة الميت بعد التجهيز وسداد الديون وتنفيذ الوصايا.

ب- إن الوصية لا يمنع من تنفيذها وجود الدين، بخلاف الخلافة فى المـيراث فإنهـا إجبارية، بمعنى أن الشخص الموصـى لـه يملـك رد الموصـى بـه فتبطـل الوصيـة

[1] - عقد الإيصاء ص ٤٥.

ويملك قبوله[1]، أما الشخص الوارث لا يستطيع رد الشيء المــورث، بـل يدخـل في ملكه جبراً عنه.

ج-إن الأشخاص الموصى لهم لم يعينهم الشارع، وإنما يعينهــم الموصـى، بخـلاف الميراث فإن الأشخاص الذين يرثون معينون من قبل الشارع الحكيم[2].

[1] - هذا عند جمهور الفقهاء خلافاً لزفر من الحنفية وبعض الإمامية والزيدية والإباضية الذين يقولون بـأن الوصية لاتحتاج إلى قبول. انظر الدر المختار ٥/٥٧٠ طبعة مصطفى البابي الحلبي، شـرائع الإسـلام ٢/٢٤٣، البحر الزخار ٥/٣٠٥، شرح النيل ٦/٢١٢.

[2] - الوصية للأستاذ الدكتور محمد زكريا البرديسي ٨ و ٩ طبعة دار النهضة العربية بمصر، عقـد الوصيـة للأستاذ الدكتور أبو العينين بدران ص ٢ طبعة دار المعهد العالي للقضاء بالرياض، أحكام الوصايا في الفقه الإسلامي للدكتور علي بن عبد الرحمن الربيعة ص ٢٥، ٢٦ طبعة دار اللواء بالرياض.

الباب الأول

أركان الوصية وشروطها

ويتضمن تمهيداً وأربعة فصول

أما التمهيد :-

ففى معنى الركن والشرط

وأركان الوصية وفيه مبحثان :

المبحث الأول :

معنى الركن والشرط : وفيه مطلبان.

المطلب الأول

معنى الركن

أولاً معنى الركن لغة :

هو جانب الشئ القوى الذى يعتمد عليه فى قيامه وهو داخل فى ماهيته، كأركان البيت وهى أعمدته التى يستمسك بها بناؤه، ويجمع على أركان وأركن[1]، قال تعالى :"ولا تركنوا إلى الذين ظلموا فتمسكم النار[2]" أى لا تعتمدوا عليهم فى أموركم.

[1] – المصباح المنير ص ٩، لسان العرب مادة ركن، القاموس المحيط باب النون فصل الراء، التعريفات للجرجانى ص ٩٩ طبعة مصطفى الحلبى.

[2] – سورة هود آية رقم ١١٣.

ثانيا : معناه اصطلاحاً :

هو ما كان جزء الماهية الذى يتوقف عليه وجودها شرعا كالقراءة فى الصلاة والصيغة بالنسبة للعقد فيلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم[1]. أو هو ما لابد للشئ منه فى وجود صورته عقلا إما لدخوله فى حقيقته أو لاختصاصه به[2].

[1] - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٤/٢ طبعة إحياء التراث العربى، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٢/٣، طبعة الحلبى.

[2] - شرح المنهاج للمحلى ١٧٨/٢ طبعة دار إحياء الكتب العربية بمصر.

المطلب الثاني

معنى الشرط

أولا :- تعريف الشرط لغة :

هو إلزام الشئ والتزامه فى البيع والوصية وفى غير ذلك من العقود، والجمع شروط، وبالتحريك العلامة، والجمع أشراط، وقيل هو العلامة اللازمة الدالة على الشئ المميزة له عن غيره[1].

ثانيا : تعريفه اصطلاحاً :

هو الأمر الخارج عن ماهية الشئ الذى يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولاعدم لذاته[2].

ومعنى ذلك أن الشرط أمر خارج عن المشروط ويلزم من انعدامه انعدام المشروط، وإذا وجد لا يلزم من وجوده وجود المشروط، كالوضوء يشترط فى صحة الصلاة فإذا انتفى الوضوء انتفت صحة الصلاة، وهو أمر خارج عن حقيقة الصلاة لأن الصلاة هى الأقوال والأفعال المبتدأة بالتكبير المختتمة بالتسليم، ولا يلزم من وجود الوضوء وجود الصلاة، وكذا الزوجية شرط لإيقاع الطلاق فإذا انعدمت الزوجية انعدم الطلاق، وقد توجد الزوجية ولا يوجد الطلاق[3].

[1] – القاموس المحيط مادة شرط، المصباح المنير ص ١١٨.

[2] – كشف الأسرار للبزدوى ١٧٢/٤ طبعة دار الكتاب العربى بيروت، تهذيب الفروق ٥٩/١ طبعة دار النهضة العربية، شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير ١٤١ طبعة السنة المحمدية بالقاهرة.

[3] – أصول الفقه للأستاذ الدكتور / محمد زكريا البرديسى ص ١٠٣ طبعة دار النهضة العربية، قليوبى وعميرة ١٧٥/١.

المبحث الثاني

أركان عقد[1] الوصية

اتفق الفقهاء على أن صيغة الإيجاب أو ما يقوم مقامها ركن من أركان عقد الوصية ثم اختلفوا بعد ذلك فى أمرين :-

الأمر الأول :-

بقية أركان الوصية.

[1] - بعد أن عرفنا الوصية وعرفنا معنى الركن لغة واصطلاحاً يجدر بنا أن نعرف معنى العقد لغة واصطلاحاً.

يطلق العقد فى اللغة على عدة معان كلها تدور حول الربط والشد والتوثيق والإحكام، فيقال: عقدت الحبل عقدا من باب ضرب أى شددته وقويته أو جمعت بين طرفيه فقويت الاتصال بينهما وأحكمته بالعقد عليهما.

انظر القاموس المحيط مادة عقد باب الدال فصل العين، المصباح المنير ص ١٦٠ طبعة بلونين ميسرة لبنان.

ويطلق العقد فى الاصطلاح على معنيين :- أحدهما خاص والآخر عام :

فمعناه الخاص : يطلق على ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره فى محله.

وأما معناه العام : فهو يتناول كل تصرف ينشأ عنه إلزام أو التزام على وجه مشروع، سواء كان هذا التصرف صادراً من طرف واحد كالنذر واليمين أم صادراً من طرفين متقابلين كالبيع والإجارة.

انظر نظرية العقد للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ص ٣٥٢، طبعة دار الكتاب العربى، الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٩٧.

ولكن العقد بمعناه الخاص هو الذى يعول عليه، وذلك لأنه المعنى الغالب فى لسان الفقهاء، وهو المتبادر من عباراتهم عن الإطلاق ولا يتبادر إلى الذهن المعنى العام إلا بتنبيه يدل عليه.

ولكن هل عقد الوصية ينعقد بالإيجاب والقبول أم يكفى فيه الإيجاب فقط ؟ قال جمهور الفقهاء : لابد فيه من الإيجاب والقبول، وقال بعضهم : يكفى فيه الإيجاب فقط.

وسوف أوضح ذلك بشئ من التفصيل عند الحديث عن الصيغة وما يتعلق بها.

الأمر الثاني :-

هل لابد من القبول فى عقد الوصية.

الأمر الأول :- بقية أركان الوصية.

اختلف الفقهاء فى بقية أركان الوصية على مذهبين :

فذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية الشافعية والحنابلة وبعض الإمامية إلى أن أركان الوصية ثلاثة غير الصيغة وهى :-

الموصى - والموصى له - والموصى به[1].

وذلك لأن كلا منهم يتوقف عليه تصور ماهية العقد فى الذهن، وما كان كذلك كان ركناً فيه، سواء كان جزءًا منه أو كان مختصا به وليس جزءا منه، كالبائع والمشترى والمبيع بالنسبة إلى عقد البيع.

وذهب الحنفية إلى أن الصيغة فقط هى الركن، والباقى شروط لصحة العقد، وذلك لأن الركن عندهم هو ما كان داخلا فى الماهية وجزءا منها،

[1] - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٢/٤، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢٨٨/٢ طبعة دار الكتب العلمية بيروت، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٩/٣، تحفة المحتاج شرح المنهاج ٤/٧ طبعة دار صادر بيروت، منتهى الإرادات ٥٣٨/٢ طبعة المكتبة الفيصلية بمكة المكرمة، شرائع الإسلام ٢٤٣/٢.

إلا أن الإمامية يزيدون فيها الوصى أو الموصى إليه فيجعلونه ركنا أيضا.

والموصى والموصى له والموصى به ليسوا جزءا من ماهية العقد فلا يكون واحد منهم ركنا فيه.

وعلى كل حال فإن هذا الخلاف خلاف لفظى لا ثمرة له، حيث اتفق الفقهاء على أنه لابد فى العقد من الموصى والموصى له والموصى به أى من العاقد والمعقود عليه. إلا أن بعضهم اصطلح على أنهم من الأركان والبعض الآخر اصطلح على أنهم من الشروط ولا مشاحة فى الاصطلاح.

ولكن الأحناف الذين يقولون إن ركن الوصية هو الصيغة وحدها حصل خلاف بينهم فى هل الصيغة هى الإيجاب وحده من الموصى ؟ أو هى مجموع الإيجاب من الموصى والقبول من الموصى له ؟.

هذا ما سنبينه بشئ من التفصيل فى الأمر الثانى :

الأمر الثانى : القبول فى صيغة عقد الوصية :

اختلف الفقهاء فى قبول الموصى له للوصية هل لابد منه أم لا ؟ على مذهبين :-

فذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة وجمهور الحنفية وبعض الإمامية والزيدية والإباضية إلى أن الوصية لابد لها من قبول الموصى له إذا كانت الوصية لمعين يمكن القبول منه[1].

وذهب زفر[2] من الحنفية وبعض الزيدية وبعض الإمامية والإباضية في قول[3] إلى عدم اعتبار قبول الموصى له للوصية، بل إن الوصية تنعقد صحيحة بدون قبول الموصى له ولا يؤثر فيها رده، فالركن عندهم هو الإيجاب فقط[4].

[1] – نتائج الأفكار ٤٢٩/١٠ طبعة دار الفكر، حاشية ابن عابدين ٦٥٠/٦، طبعة دار الفكر بيروت، بدائع الصنائع ٤٨٤١/١٠، الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٢٤/٤ طبعة دار إحياء التراث العربي الحلبي، مغني المحتاج شرح المنهاج ٣٩/٣، المهذب للشيرازي ٤٦٤/١، المغني لابن قدامة ٤١٨/٨، منتهى الإرادات ٥٣٨/٢ طبع أنصار السنة المحمدية.

إلا أن الحنفية والمالكية في قول والشافعية في قول وبعض الإمامية قالوا : إن القبول ليس ركنا وإنما هو شرط وعلى كل حال لابد منه.

نفس المراجع السابقة، شرائع الإسلام ٢٤٣/٢.

وقال متأخرو الإمامية وبعض الزيدية وبعض الإباضية : إن القبول ليس بمعتبر في تنفيذ الوصية كما لم يكن معتبرا في إيجاب الملك، وإنما المعتبر هو عدم رد الموصى له للوصية.

انظر : شرائع الإسلام ٢٤٣/٢، البحر الزخار ٣٠٥/٥، شرح النيل ٢١٢/٦.

[2] – هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري، صاحب أبي حنيفة، ولد سنة ١١٠عشر ومائة هجرية، وكان أبو حنيفة يجله ويقول بأنه أقيس أصحابه، وكان من أصحاب الحديث، وقد قيل عنه بأنه قد جمع بين العلم والعبادة، مات سنة ١٥٨ ثمان وخمسين ومائة هجرية. انظر تاج التراجم ص ٢٨، الفوائد البهية ٧٦/٧٥ طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر، شذرات الذهب ٢٤٣/١ طبعة المكتب التجاري للطباعة والنشر، الأعلام ٧٨/٣.

[3] – تكملة فتح القدير ٤٢٩/١٠، بدائع الصنائع ٤٨٤١/١٠، شرح النيل ٢١٢/٦.

[4] – المراجع السابقة.

الأدلة

استدل القائلون بأن الوصية لابد لها من قبول الموصى له، سواء اعتبروا هذا القبول ركنا أو شرطا من شروط صحتها بالكتاب والمعقول.

أما الكتاب :-

فقول الله عز وجل "وأن ليس للإنسان إلا ما سعى"[1]

وجه الدلالة من هذه الآية :

أن هذه الآية بينت أنه لا يكون للإنسان شئ بدون سعيه، فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت له بغير سعيه، وذلك لايجوز، إلا ما خص بدليل[2] ولا دليل يخص ذلك.

أما المعقول :

فهو أن الشئ الموصى به قد يكون شيئا يتضرر به الموصى له كالعبد الزمن المقعد أو كالحيوان المشرف على الهلاك، فلو لزمه الملك من غير قبول للحقه الضرر من غير التزامه ومن غير إلزام من له ولاية الإلزام وهو الله تبارك وتعالى، وذلك لايجوز، يضاف إلى ذلك أنه قد يلحقه ضرر المنة، فلابد من قبول الموصى له دفعا للمنة.

[1] - سورة النجم آية رقم ٣٩.

[2] - كالدعاء والصدقة، فإنه يصل إلى الميت إذا قام به غيره إجماعاً، انظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٦٢٨٤/٩.

واستدل القائلون بعدم اعتبار القبول فى انعقاد العقد، بل إن العقد ينعقد بدونها قياساً على الميراث، بجامع أن كلاً خلافة، وبما أن الإرث يثبت من غير قبول من أحد الورثة فكذلك الوصية.

ويناقش هذا :-

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح، وذلك لأن الاستخلاف فى الميراث من الشارع وله ولاية الإلزام، فصح أن يكون التمليك بالإجبار من غير قبول.

وأما الاستخلاف فى الوصية فمن الموصى، وهو لا يملك إلزام الموصى له بالموصى به، فكان لابد من قبوله.

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن القبول لابد منه لانعقاد عقد الوصية هو المختار، وذلك لما ذكروه، يضاف إلى ذلك أن الوصية إثبات ملك جديد وليست خلافة من كل وجه، وذلك لأن الموصى إذا اشترى شيئا ثم أوصى به لرجل فوجد الموصى له به عيبا بعد تملكه فإنه لايستطيع رده على بائعه بهذا العيب، ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت له ولاية الرد بالعيب كالوارث[1].

[1] - نتائج الأفكار ٤٢٩/١٠، تبيين الحقائق ١٨٤/٦.

وثمرة الخلاف بين الرأيين :

تظهر فى اشتراط موافقة القبول للإيجاب وعدم اشتراطه، فمن جعل القبول ركنا لا شرطاً وهم جمهور الفقهاء اشترطوا الموافقة بين الإيجاب والقبول لانعقاد العقد ومن لم يجعله ركنا ولا شرطا وهو زفر[1] من الحنفية ومن وافقه لم يشترط موافقة الإيجاب للقبول بل يعقد العقد بغير قبول.

وبيان ذلك ما إذا قال رجل لرجلين أوصيت لكما بهذه الجارية فقبل أحدهما بعد موت الموصى ورد الآخر لم يصح قبول الأول، لأن الموصى أوصى لهما جميعا فكان وصية لكل واحد منهما بنصف الجارية وكانت الجارية بينهما لو قبلا، فإذا رد أحدهما لم يوجد الشرط وهو قبولهما جميعا فتبطل الوصية.

هذا بخلاف ما لو أوصى بالجارية لإنسان ثم بها لآخر، فقبل أحدهما الوصية بعد موت الموصى ورد الآخر فالنصف للموصى له والنصف لورثة الموصى، لأنه أوصى لكل واحد منهما على حدة فلا يشترط اجتماعهما فى القبول[2].

[1] – سبق تعريفه.

[2] – بدائع الصنائع للكاسانى ٤٨٤٢/١٠.

الفصل الأول

فى الصيغة وشروطها وأنواعها

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

معنى الصيغة وشروطها

الصيغة : هى ما يتكون منها العقد من قول كالإيجاب والقبول[1]، كقول الموصى أوصيت لفلان بكذا من المال أو أعطوه من مالى بعد موتى كذا، ويقبل الموصى له ذلك، فإن العقد ينعقد، أو ما يقوم مقام ذلك من أفعال، سواء كانت إشارة أو كتابة وما إلى ذلك مما يعبر عما فى النفس من إرادة وكلام نفسى، وذلك لأن الصيغة هى المظهر الخارجى الذى يعبر عما فى النفس من رغبات فى إنشاء العقود والتصرفات وهى التى تناط بها الأحكام دون الإرادة الباطنة التى هى العزم والنية، فكل ما يعبر عن

[1] – الذى يظهر من بعض الفقهاء أنهم يطلقون الصيغة ويريدون بها خصوص الإيجاب من الموصى، كما فى قولهم : وصيغتها أى الوصية أوصيت له بكذا أى ادفعوا إليه بعد موتى كذا، وقول آخر : الصيغة هى كل لفظ أشعر بالوصية، وأما القبول فلا يتناوله اسم الصيغة فى اصطلاح هؤلاء، لأن الصيغة عندهم هى مصدر العقد وصورته فى الخارج، وذلك يكون بإيجاب الموصى فقط، هذا بخلاف بقية العقود.

ولكن هذا الكلام لا يسلم إلا لمن قال إن الوصية لا تحتاج إلى قبول لانعقادها، وقد سبق ذلك بالتفصيل.

انظر منهاج الطالبين مع شرح المحلى ١٦٥/٣، الوصية فى الإسلام للأستاذ الدكتور محمد زكريا البرديسى ١٠٤، أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٨ ، ٩، الوصية وأحكامها فى الفقه الإسلامى للشيخ محمد جعفر شمس الدين ٥٣ طبعة دار التراث الإسلامى بيروت.

الإرادة الباطنة تعبيرا صادقا يصلح أن يكـون صيغـة للتصـرف بـأى لغـة كـانت، سـواء كـانت باللغـة العربيـة أو بغـير العربيـة، فصيحـة أو غـير فصيحة، حقيقة كان الكلام أو مجازا متى كان مفهوما وواضح الدلالة[1].

وسوف أتناول ذلك فى ثلاثة مطالب :

[1] - انظر أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٥٨، الوصية للدكتور البرديسى ١٣.

المطلب الأول

التعبير اللفظى

اتفق الفقهاء على انعقاد الوصية باللفظ المخصوص[١] بها، مثل قول الموصى : أوصيت لفلان بكذا بعد موتى، وكذلك تنعقد بكل لفظ يدل على ذلك، لأنهم لا يعتبرون فى العقود والإيقاعات[٢] بما فيها الوصية لفظا مخصوصاً[٣]، بل تنعقد بكل ما يدل عليها، والتعبير اللفظى يتكون من الإيجاب والقبول وسوف أتناول ذلك فى فرعين :-

الفرع الأول :- الإيجاب

معناه لغة : هو الإثبات لأى شئ كان، يقال وجب الشئ يجب وجوبا إذا ثبت ولزم[٤].

ومعناه اصطلاحاً : يطلق الإيجاب على معنيين :

[١] – حاشية ابن عابدين ٢٠٥/٣، التاج والإكليل مطبوع بهامش مواهب الجليل ٣٦٦/٦ الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ، الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٢٣/٤، فتح المعين وشرح قرة العين لزين الدين الغنانى ٢٠٥/٣ مطبوع بهامش حاشية إعانة الطالبين مطبعة الحلبى، دقائق أولى النهى شرح المنتهى ٣٠٦/٢، البحر الزخار ٣٠٥/٥.

[٢] – وهى كون العقد يتم بطرف واحد ولا يحتاج إلى طرفين لانعقاده.

[٣] – حاشية ابن عابدين ٦٣٨/٥، الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٢٣/٤، فتح المعين بشرح قرة العين ٢٠٥/٣ مطبوع بهامش حاشية إعانة الطالبين مطبعة الحلبى، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٥٣/٣.

[٤] – لسان العرب مادة وجب.

المعنى الأول :

أن الإيجاب ما صدر أولاً من كلام كلفظ أوصيت لك أو أعطيتك أو ما يقوم مقامه، فقد ذهب إلى هذه الحنفية[1].

المعنى الثاني :

أن الإيجاب ما صدر من المملك وهو الموصي، وكان دالا على التمليك دلالة ظاهرة.

وقد ذهب إلى هذا جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية[2].

الفرع الثاني :- القبول

معناه لغة : هو الرضا بالشيء، يقال قبلت الهدية إذا أخذتها ورضيتها، وقبلت المضاربة إذا رضيتها[3].

ومعناه اصطلاحا : يطلق القبول على معنيين أيضاً :

المعنى الأول :

أن القبول ما صدر ثانيا من كلام أحد المتعاقدين أو ما يقوم مقامه، وقد ذهب إلى هذا الحنفية.

[1] - فتح القدير ٢٤٨/٦.

[2] - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير٣/٣، مغني المحتاج شرح المنهاج ٣/٢، كشاف القناع على متن الإقناع ٢٤٦/٣، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للإمام الشوكاني ٢٣١/٣ طبعة دار الكتب العلمية بيروت.

[3] - القاموس المحيط مادة قبل باب اللام فصل القاف.

المعنى الثاني :

أن القبول ما صدر من الذى سيتملك وهو الموصى له وكان دالا على التملك دلالة ظاهرة، وقد ذهب إلى هذا جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية[1].

ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن القبول لا يشترط له صيغة معينة للقبول، وإنما يتحقق بكل ما يدل عليه، سواء كان القبول باللفظ أو بأى تصرف يدل على الرضا[2].

واشترط بعض الفقهاء كبعض الشافعية وبعض الإمامية اشتراط اللفظ فى القبول[3]، وهناك بعض أمور تتعلق بالقبول سوف أتناولها فى المسائل الآتية :

المسألة الأولى :-

وقت القبول أو الرد للوصية.

اختلف الفقهاء فى وقت القبول أو الرد على مذهبين :-

١- فذهب جمهور الفقهاء إلى أن قبول الوصية أو ردها يكون معتبراً بعد وفاة الموصى، فلا عبرة لقبول الموصى له أو رده فى حياة الموصى، لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت. وآثار هذا التصرف لا تظهر إلا بعد مجئ

[1] - نفس المراجع السابقة ونفس الصحائف.

[2] - بدائع الصنائع ٣٨٤٣/١٠، حاشية ابن عابدين ٦٥٠/٦، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٤/٤، المهذب للشيرازى ٤٥٢/١، المغنى لابن قدامة ٤٠٥/٨، ٤١٥، روضة الطالبين للإمام النووى ١٤١/٦، طبعة المكتب الإسلامى بيروت، كشاف القناع ٣٤٤/٤ طبعة دار الفكر بيروت.

[3] - نهاية المحتاج شرح المنهاج ٦٦/٦، شرائع الإسلام ٢٥٨/٢.

وقته وهو موت الموصى، ولأن القبول إنما هو لثبوت الملكية لا لإنشاء التصرف، فكان لا عبرة به إلا عند تنفيذ أحكامه[1].

٢- وذهب زفر من الحنفية وبعض الإمامية إلى أنه يجوز قبول الوصية وردها في حال حياة الموصى ويكون هذا مبطلا للوصية[2].

ويناقش هذا :

بأن أثر الوصية الشرعي المترتب عليها لا يثبت إلا بعد موت الموصى، فلا اعتبار للقبول أو الرد إلا من وقت حصوله، كما لا يعتبران قبل عقد الوصية، فصار كمن قال لامرأته أنت طالق على ألف درهم غداً، فإن قبولها وردها قبل مجئ الغد باطل[3].

يضاف إلى ذلك أن عقد الوصية عقد غير لازم، فيجوز للموصى في حياته أن يغير ويبدل في وصيته ما شاء، ويجوز له الرجوع عنها كلها أو بعضها، فلو كان القبول في الحياة لما استطاع الموصى ذلك.

[1] – نهاية المحتاج شرح المنهاج ٦٦/٦، شرائع الإسلام ٢٥٨/٢.

[2] – حاشية ابن عابدين ٦٥٧/٦، شرائع الإسلام ٢٥٨/٢.

[3] – تبيين الحقائق ١٨٤/٦، تكملة فتح القدير ٤٢٧/١٠.

أما الإباضية فقد قالوا : إن الرد فى حياة الموصى لا يبطل الوصية إلا فى صورة علم الموصى بذلك الرد. انظر شرح النيل ٢١٢/٦.

وبهذا يتضح لنا أن قول جمهور الفقهاء هو الأولى بالقبول.

وبهذا أخذ القانون المصرى فى فقرته الأولى من المادة الرابعة والعشرين والتى نصت على أنه لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصى[1].

المسألة الثانية : حقيقة القبول المطلوب.

اختلف الفقهاء فى حقيقة القبول المطلوب، أهو القبول الإيجابى الذى يكون بالقبول أو ما يقوم مقامه من كل فعل يدل على الرضا بالوصية، أم يكتفى فيه بالقبول السلبى وهو عدم الرد الصريح للوصية أو ما يقوم مقامه ؟.

اختلف الفقها فى ذلك على مذهبين :

١- فذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لابد من القبول بالقول أو بالفعل ولا يكتفى فيه بعدم الرد[2] إذا كانت الوصية لمعين يمكن القبول منه، لأن هذا هو المعهود المتعارف فى جميع التصرفات، ولأنها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين فاعتبر قبوله كالهبة والبيع.

فأما إن كانت الوصية لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصرهم كبنى هاشم وتميم،.أو على مصلحة كمسجد أو حج لم يفتقر إلى قبول ولزمت

[1] - شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ٢٧٧.

[2] - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤/٤٢٤، مواهب الجليل ٦/٣٦٦،مغنى المحتاج شرح المنهاج ٥٣/٣، روضة الطالبين للإمام النووى ٦/٤٤١، المغنى لابن قدمة ٨/٤١٨.

بمجرد الموت، لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فيسقط اعتباره كالوقف عليهم، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله[1].

وذهب أبو حنيفة[2] وأبو يوسف[3] ومحمد[4] إلى أن القبول المطلوب هو عدم الرد للوصية[5]، لأن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما، فلا تفسخ من

[1] – المغنى لابن قدامة ٨/٤١٨.

[2] – هو الإمام الأعظم النعمان بن ثابت التيمى بالولاء الكوفى، الإمام أبو حنيفة، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، ولد بالكوفة سنة ثمانين من الهجرة، ونشأ بها، كان تاجرا يبيع الخز ويطلب العلم من صباه ثم انقطع للتدريس والإفتاء، وكان عالما ورعاً زاهداً سخيا فكان يواسى بماله الفقراء من تلامذته وغيرهم، وكان من العباد المشهود لهم بقيام الليل، حتى أثر أنه كان إذا جن الليل تطهر ولبس أحسن الثياب وقام الليل، حتى إنه ليقال إنه صلى الفجر بوضوء العشاء أربعين سنة، ولما سئل عن تزينه للصلاة قال : أتزين لربى، ولما أثر عنه من فطنة وذكاء واجتهاد عرض عليه القضاء مرات فقال : أنا لا أصلح له، فإن كنت صادقا فهذا رأيى، وإن كنت كاذباً فالكاذب لا يصلح أن يكون قاضيا، له مؤلفات جليلة منها كتاب المسند فى الحديث، والمخارج، والفقه الأكبر، توفى رحمه الله تعالى فى محبسه سنة مائة وخمسين هجرية.

انظر البداية والنهاية ١٠/١٠٧ مطبعة السعادة بالقاهرة، الأعلام ٩/٤.

[3] – هو الإمام الفقيه يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصارى صاحب الإمام أبى حنيفة وتلميذه، أبو يوسف ولد بالكوفة سنة ثلاث عشرة ومائة هجرية، تفقه أولا على عبد الرحمن بن أبى ليلى، ثم انتقل إلى الإمام وهو أول من وضع الكتب على مذهبه، كان عالما بالفقه والتفسير والمغازى وأيام العرب، رحل إلى مالك وأخذ عنه، تولى القضاء، وهو أول من لقب بقاضى قضاة، ومن مؤلفاته كتاب الخراج والأصل فى فروع الفقه الحنفى وأدب القاضى على مذهب الإمام أبى حنيفة، توفى رحمه الله تعالى سنة اثنتين وثمانين ومائة هجرية.

انظر الفوائد البهية ٢٢٥، الجواهر المضية ٣/١١١ طبعة مطبعة دائرة المعارف النظامية بالهند.

[4] – محمد بن الحسن بن واقد، أبو عبد الله الشيبانى، ولد سنة مائة وإحدى وثلاثين هجرية، وصحب أبا حنيفة، وأخذ الفقه عنه، وله تصانيف كثيرة، منها المبسوط، والجامع الصغير، والجامع الكبير، والسير الكبير، والسير الصغير، والزيادات وغيرها، توفى سنة تسع وثمانين ومائة هجرية.

جهته، فإذا مات دخل الموصى به فى ملك الموصى له، كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى أو للبائع فإنه إذا مات من له الخيار قبل الإجازة فإن البيع يتم ويلزم.

ولأن الشرط فى انتقال الملكية بالوصية ليس هو القبول بل عدم الرد وقد تم ذلك بموته بلا رد، وإنما كان الشرط عدم الرد فقط لأن اشتراط القبول إنما هو لدفع مضرة المنة وما عساه يكون من مضار المؤن فى العين الموصى بها، وذلك يتحقق بعدم الرد.

وثمرة الخلاف بين الرأيين :

تظهر فيما إذا مات الموصى له من غير أن يصدر عنه قبول أو رد صريح للوصية، فعلى رأى جمهور الفقهاء وصيته لا تلزم ولا يثبت الملك للموصى له ولا يبطل حقه فى القبول أو الرد بل ينتقل هذا الحق لورثته[1].

انظر الفوائد البهية ١٦٣، البداية والنهاية ٣٠٢/١٠، النجوم الزاهرة ١٣٠/٢، تاريخ بغداد ١٧٢/٢ طبعة دار الكتاب العربى بيروت، الأعلام ٣٠٩/٦.

[5] - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٤/٦، تكملة فتح القدير ٤٢٩/١٠.

[1] - وهناك رأى عند الحنابلة يقضى ببطلان الوصية، لأنها عقد يفتقر إلى القبول، وقد فات بموت الموصى له فبطل العقد كالهبة. انظر : الإنصاف للمرداوى ٢٠٥/٧، طبعة دار إحياء التراث العربى بيروت، المغنى ٤١٧/٨.

وعلى ذلك يقوم الوارث مقام الموصى له إن مات قبل القبول أو الرد، فإن رد الوصية بطلت وإن قبلها صحت وثبت الملك بها، فإن كان الوارث جماعة اعتبر القبول أو الرد من جميعهم فإن رد بعضهم وقبل البعض الآخر ثبت للقابل حصته، وبطلت الوصية فى حق من رد، فإن كان فيهم من ليس من أهل التصرف قام وليه مقامه فى القبول أو الرد، غير أنه ليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه، فإن فعل غيره لم يصح تصرفه. انظر : المبسوط ٤٨/٢٨، المغنى لابن قدامة ٤١٧/٨ و٤١٨.

فأما عدم لزوم الوصية وعدم ثبوت الملك للموصى له فذلك لعدم تحقق الشرط وهو قبوله للوصية حال حياته، وعلى رأى الحنفية أن الموصى له يملك الموصى به فيدخل فى ملك ورثته ويكون ملكا إجباريا لا يملكون إسقاطه أو رده لأن سبب الملك قد تم من جانب الموصى بموته، وإنما بقى حق الرد للموصى له لحاجته إلى دفع الضرر، وبموته انتهت هذه الحاجة فيبطل هذا الحق ويثبت الملك استحسانا.

وبرأى الجمهور أخذ القانون المصرى فقال : إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه فى ذلك[1].

المسألة الثالثة : هل القبول يكون على الفور أم على التراخى ؟

إن القائلين من الفقهاء باشتراط قبول الموصى له اتفقوا على أن القبول أو الرد لا يشترط أن يكون على الفور بل يثبت هذا الحق لهم على التراخى[2].

وذلك لأن الوصية ليست من العقود المنجزة التى يشترط فيها القبول فور الإيجاب، بل هى عقد لا يتم نفاذه إلا بعد وفاة الموصى، ولكن إن كان هذا التراخى يؤدى إلى تلف الموصى به (لأن الموصى به قد يكون حيواناً فيحتاج إلى

[1] – شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٦.

[2] – مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٣٦٧/٦، روضة الطالبين ١٤١/٦، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٥٣/٣، كشاف القناع ٣٤٥/٤.

نفقة لحفظه وصيانته) فقد ذهب الشافعية والحنابلة والزيدية إلى أن لورثة الموصى الحق بمطالبته بالقبول أو الرد فإن لم يجب بالقبول أو الرد حكم عليه بالرد[1]، وذلك لأن الملك متردد بين الورثة وبينه فوجب القطع فى تعيين مالكه، وذلك كمن يحجر أرضاً لإحيائها لكنه امتنع عن إحيائها فيقال له : إما أن تحيى الأرض التى حجرتها وإما أن تتركها لغيرك ينتفع بها.

ولقد أخذ القانون المصرى بهذا الرأى فجاء فى المادة ٢٢ من القانون : لايشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت، ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمى مشتمل على بيان كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية و لم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول[2].

[1] - انظر : قليوبى وعميرة ١٦٦/٣، حاشية الشروانى على تحفة المحتاج ١١/٧ طبعة دار صادر بيروت.

[2] - شرح قانون الوصية ٢٧٦.

المطلب الثانى

التعبير الفعلى

وفيه فرعان :

الفرع الأول

اتفق الفقهاء على أن الوصية تنعقد بالكتابة من العاجز عن النطق[1]، إذا ما توافرت الشروط التى يجب توافرها فى الكتابة[2]، وذلك لأن الوصية يتسامح فيها، لذلك جاز تعليقها.

ثم اختلفوا بعد ذلك فى انعقاد الوصية بالكتابة من القادر على النطق على مذهبين :

فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والشافعية والزيدية والحنابلة فى رأى إلى انعقاد الوصية بالكتابة من القادر على النطق[3].

[1] – مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٧٣٤/٢، حاشية ابن عابدين ٦٥٠/٦، شرح الخرشى على مختصر خليل ١٦٩/٨، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٥٣/٣، كشاف القناع للبهوتى ٣٣٧/٤، دقائق أولى النهى شرح المنتهى ٣٠٦/٢، البحر الزخار ١٦١/٣.

[2] – بأن تكون مستبينة واضحة، مثل أن يكتب فى أوله من فلان إلى فلان، أو يكتب إلى فلان وفى آخره من فلان على ما جرت به العادة. فإن كانت الكتابة على ما لا يبين فيه الخط كالكتابة على الهواء أو الماء أو الصخر فإنه لا ينعقد بذلك عقد. انظر مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٧٣٣/٢.

[3] – حاشية ابن عابدين ٦٤٤/٦، شرح الخرشى ١٦٩/٨، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٥٣/٣، ولكن قال الشافعية تنعقد الوصية بالكتابة مع النية، فلو كتب الموصى للموصى له كذا ونوى به الوصية له واعترف بالنية نطقا أو ورثته بعد موته صحت.

المغنى لابن قدامة ٤٧١/٨، كشاف القناع ٣٣٧/٤، البحر الزخار ١٦١/٣.

١- وذهب الإمامية فى المعتمد والحنابلة فى الرأى الآخر إلى عدم انعقاد الوصية بالكتابة من القادر على النطق[1].

الأدلة

استدل القائلون بأن الوصية تصح بالكتابة من القادر على النطق بما يأتى :-

١- ما رواه البخارى[2] بسنده إلى أبى هريرة[3] رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال:- "إن الله عفا لأمتى عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل[4] به".

وجه الدلالة من هذا الحديث :-

أن الكتابة عمل من الأعمال يؤاخذ به، فكذلك كتابة الوصية عمل من الأعمال فينعقد بها العقد.

٢- إن الكتابة تقوم مقام الكاتب، فهى حجة فى الأحكام، والذى يؤيد ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يبلغ رسائله إلى البعض بالقول وإلى البعض

١ - المغنى لابن قدامة ٤٧١/٨، اللمعة الدمشقية ١٤/٦ طبعة المطبعة الحجرية، الإقناع للحجاوى ١٦٨/٣ طبعة المطبعة العامرة الشرقية.

٢ - سبق تعريفه.

٣ - سبق تعريفه.

٤ صحيح البخارى ٣٤٥/٩ طبعة دار الريان بالقاهرة.

الآخر بالكتابة كما هو ثابت من كتاباته صلى ا لله عليه وسلم إلى الملوك والرؤساء[1].

٣- إن الديون والحقوق تثبت بكتابة القاضى لها وتقوم مقام لفظه، فكذلك الوصية بجامع أن الكتابة فى كل حجة يعمل بها.

واستدل القائلون بأن الكتابة لا تنعقد بها الوصية من القادر على النطق بأنه لا ضرورة لكتابة الوصية طالما أن الموصى قادر على النطق بها.

وبعد فإن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أولى بالقبول لما ذكروه.

ولكن هل تقبل الكتابة بدون الإشهاد عليها ؟

اختلف جمهور الفقهاء فى ذلك على مذهبين :-

١-فذهب المالكية والشافعية وبعض الإمامية إلى أنه يشترط إشهاد الوصى على وصيته المكتوبة[2] بعد قرائتها على الشهود أو اطلاعهم عليها أو طلبه من الشهود إنفاذها، وعليه فلو لم يشهد على ما كتب أو أشهد ولكن لم يطلع الشهود عليه لم تنعقد الوصية، أى أن الإشهاد واجب فى هذه الحالة وذلك لقول ا لله تبارك وتعالى : "شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية

١ - المغنى لابن قدامة ٥٠٤/١٠.

٢ - شرح الزرقانى على الموطأ ٥٨/٤ طبعة دار المعرفة بيروت، توضيح الأحكام على تحفة الحكام ٨٤/٤ لعثمان بن القاسم المكى، طبعة ألوى بالمطبعة التونسية، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٥٣/٣، اللمعة الدمشقية ١٤/٦.

اثنان ذوا عدل منكم"[1]. فقد أمر الله عز وجل بالإشهاد على الوصية والأمر للوجوب فدل ذلك على وجوبها.

٢-وذهب الحنابلة والزيدية إلى عدم وجوب الإشهاد على الوصية بل يعمل بها ولو لم يشهد عليها[2].

وذلك لأن المعتبر معرفة الخط فإذا عرف خط الموصى عمل به ومثله خط الحاكم وعليه عمل الناس قديما وحديثا.

ولكننى أرى وجوب الإشهاد على الوصية الكتبية حتى تطمئن نفوس الورثة لها وحتى لا يحدث تلاعب فى الوصايا.

١ - سورة المائدة الآية ١٠٦.

٢ - الإقناع للمقدسى ٤٧/٣، الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتى ٤/٣، الروضى النضير ١٠٥/٥ طبعة المؤيد بالطائف، سبل السلام ١٠١/٣ طبعة المكتبة التجارية بمصر.

الفرع الثاني

الإشارة

اتفق الفقهاء على أن الوصى إن كان عاجزا عن العبارة والكتابة لخرس ولد به فان إشارته المفهمة تقوم مقام[1] ذلك فى انعقاد وصيته وذلك لأنه لا طريق له لإنشاء عقد الوصية إلا بالإشارة، فقامت إشارته مقام كلامه وكتابته وهذا هو

[1] - الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٦١ طبعة الحلبى، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٧٣٤/٢، إلا أن الحنفية قالوا : لابد أن يصحب الإشارة تصويت مقرون بها لأن العادة منه ذلك انظر : المبسوط للسرخسى ١٤٤/٦.

أم إذا كان الأخرس قادرا على الكتابة فأوصى بالإشارة فعندهم روايتان :

الأولى :- عدم جواز عقد الوصية بالإشارة من القادر على الكتابة، لأنه لا ضرورة للإشارة مع وجود القدرة على الكتابة، ولأن الكتابة تعبير بالقلم، فهى كالنطق فى قوة الدلالة، والإشارة أضعف منها.

الثانية :- أن الإشارة تكفى فى انعقاد الوصية وجميع العقود عند العجز عن العبارة وإن قدر على الكتابة، لأن العبارة هى الأصل فى إنشاء العقود.

انظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ٢١٨/٦.

كذلك قال بعض الشافعية وبعض الإمامية : إن عدم الكتابة من الأخرس شرط فى قبول إشارته، أما إذا كان يستطيع الكتابة فلا تقبل إشارته، وانظر : شرح الخرشى ٤١١/٥، مواهب الجليل للحطاب ٣٦٦/٦، نهاية المحتاج ٦٣/٦.

إلا أن الشافعية قالوا : إن فهمت إشارة الأخرس كانت من قبيل الصريح، وإذا لم تفهم كانت من قبيل الكناية واحتاجت إلى النية فى العمل بها، ويستدل على النية بإشارة أخرى يفهمها أو بالكتابة، فإذا لم تفهم فلغو.

انظر نهاية المحتاج ٦٤/٦، مغنى المحتاج ٥٣/٣، البحر الزخار ٣٠٧/٥، اللمعة الدمشقية ٣٢/٢ المطبعة الحجرية.

مستطاعه وقد قال الله تبارك وتعالى : "لا يكلف الله نفسا إلا وسعها"[1] ثم اختلفوا بعد ذلك في الاعتداد بإشارة غيره أى غير الأخرس الذى ولد به كإشارة الناطق، وإشارة معقول اللسان.

أولا :- إشارة الناطق :-

اختلف الفقهاء في إشارة الناطق هل تكفى في انعقاد الوصية أم ـ لا على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية في المعتمد[2] إلى أن إشارة الناطق ـ ولو كانت مفهمة ـ لا تكفى لانعقاد عقد الوصية ولا غيرها من العقود، وذلك لأنه ليس في حاجة إلى الإشارة لاستطاعته النطق.

** وذهب المالكية وبعض الإمامية إلى أن إشارة الناطق المفهمة تكفى لانعقاد عقد الوصية، فهم يسوون بين الإشارة والعبارة[3].

١ - سورة البقرة من الآية رقم ٢٨٦.

٢ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٢١٨/٦، لكن الحنفية استثنوا الإشارة فى الإفتاء والإقرار بالنسب والإسلام والكفر فذهبوا إلى العمل بمقتضاها متى كانت الإشارة مفهمة، ونهاية المحتاج شرح المنهاج ٦٥/٦، روضة الطالبين ١٤٠/٦، البحر الزخار ٣٠٧/٥، المبدع شرح المقنع ٧/٦ طبعة المكتب الإسلامى، المغنى لابن قدامة ٥١١/٨.

٣ - مواهب الجليل للحطاب ٣٦٦/٦، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٣/٤، العروة الوثقى للسيد محمد كاظم ٤٠٥/٢، طبعة العرفان بلبنان ١٣٤٨هـ.

وذلك لأن النبى صلى ا الله عليه وسلم بين الشهر بالإشارة حيث قال : "الشهر هكذا" وأشار بأصابعه وهو صلى ا الله عليه وسلم من أفصح العرب[1].

ويناقش هذا :-

بأن هذه الإشارة فى عدد أيام الشهر وهى تعلم بإشارته علم اليقين، فلا يقاس عليها عقد الوصية لوجود الفارق بينهما.

ثانيا إشارة معقل اللسان[2] :-

اختلف الفقهاء فى إشارة ممن عقل لسانه لمرض أو غيره هل تكفى فى انعقاد عقد الوصية أم ـ لا ـ على مذهبين :-

** فذهب المالكية والشافعية والزيدية والإمامية والحنفية فى قول وبعض الحنابلة إلى الاعتداد بإشارته وأنها تكفى فى انعقاد عقد الوصية[3]، لأنه فى حكم الأخرس، وهذا هو مقدوره.

** وذهب الحنابلة فى المذهب وأكثر الحنفية إلى عدم الاعتداد بإشارة من عقل لسانه فى انعقاد الوصية ولا غيرها من العقود[4]، وذلك لأنه غير ميؤوس من

١ - شرح الزرقانى على الموطأ ٢/٢٥٤.

٢ - معقل اللسان بضم الميم : هو من احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه بعد أن كان ناطقا. انظر القاموس المحيط ٤//١٩، باب اللام فصل العين.

٣ - مواهب الجليل ٣٦٦/٦، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٣/٤، نهاية المحتاج شرح النهاج ٦٥/٦، البحر الزخار ٣٠٧/٥، شرائع الإسلام ١٣/٢.

وقد ذهب بعض الحنفية إلى الاعتداد بإشارته إذا اتصلت العقلة بالموت وإلا فلا تصح، انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٥٤٤/٨.

نطقه فأشبه القادر على الكلام، ولأن على بن أبى طالب[1] رضى الله عنه لم يجز وصية المرأة التى قيل لها فى مرضها أوصى بكذا فأوأت برأسها.

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى أن الإشارة من العاجز عن النطق والكتابة منه سواء كان مولودا بذلك أو أصيب به كالمعقول لسانه ينعقد بها جميع العقود بما فيها الوصية، وأن الإشارة ممن يستطيع الكلام لا تكفى فى انعقاد العقود بما فيها الوصية.

وهذا هو ما قال به قانون الوصية فى مصر فى مادته الثانية فقد جاء فيها :

"تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة[2]"

[4] - المغنى لابن قدامة ٥١١/٨، البحر الرائق ٥٤٤/٨.

[1] - هو أمير المؤمنين أبو الحسن على بن أبى طالب بن عبد المطلب الهاشمى، ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم وصهره، ولد بمكة وكان أول من أسلم من الصبيان وسنه إذ ذاك عشر سنين، وهو رابع الخلفاء الراشدين، وأول قاض ولاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان فى اليمن، وهو أحد العشرة المبشرين بالجنة، وأحد الستة أصحاب الشورى الذين جعل عمر الخلافة فيهم، وأحد العلماء الربانيين، والشجعان والزهاد والخطباء والشعراء، كان من أجلاء فقهاء الصحابة، وصاحب شورى عمر فى أقضيته، وكذلك كان مع أبى بكر وعثمان أيضا، قال ابن عباس أعطى على تسعة أعشار العلم وإنه لأعلمهم بالعشر الباقى، شهد المشاهد كلها إلا تبوك، فإن النبى صلى الله عليه وسلم استخلفه على المدينة، وتولى الخلافة سنة خمس وثلاثين هجرية، وظل قائما بأعبائها حتى قتله غيلة عدو الله عبد الرحمن بن ملجم سنة أربعين هجرية، ودفن بالكوفة.

انظر : الرياض النضرة ٢٠١/٢و٣٣٤، طبقات الفقهاء ٤١،٤٣، الفكر السامى ١٣١/١و١٣٣.

[2] - شرح قانون الوصية ٢٧٣.

المطلب الثاني

شروط الصيغة

للصيغة شروط كثيرة لابد من توافرها في أي عقد من العقود، ولكن الوصية نظرا لطبيعتها قلت شروطها، لأن الإيجاب والقبول لا يتمان في مجلس واحد، بل إن الإيجاب يصدر في حياة الموصى والقبول يكون بعد موته لذا قال الفقهاء : إن من أهم شروطها مطابقة القبول للإيجاب.

ومطابقة القبول للإيجاب له صور منها :-

١- أن يكون القبول منصبا على عين ما أوجب به الموجب من حيث الموصى به، كأن يقول الموصى : أوصيت لفلان بثلث هذا المنزل، فيقول الموصى له : قبلت هذا المذكور، هنا يكون القبول منصبا على إيجاب الموجب، أما لو قال قبلت ثلثى منزله بطلت الوصية، لأن الموجب يوجب بشئ ويقبل القابل غيره.

٢- أن يكون القبول منصبا على جنس ما أوجب به الموجب، فلو قال الموجب : أوصيت لفلان بهذه الحديقة، فقال قبلت هذه المزارع بطلت الوصية، لاختلاف الجنس.

٣- أن يكون القبول منصبا على ما انصب عليه الإيجاب من حيث الموصى له، كأن يقول الموجب : أوصيت لمحمد بهذه الدار فيقول قبلت لأحمد هذه الدار بطلت الوصية، لأن المقصود بها لم يحصل منه القبول، ومن قبل له لم يقصد بها.

٤- أن يكون القبول منصبا على عنوان ما أوجب به الموجب، كأن يقول قبلت الوصية أو رضيت بالوصية، فلو قال : قبلت العطية أو الوقف أو الصدقة

بطلت الوصية، لاختلاف القبول مع الإيجاب[1].واستدل الفقهاء على اشتراط توافق القبول مع الإيجاب بالكتاب والسنة :-

أما الكتاب :-

فقول الله تبارك وتعالى "ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"[2].

وجه الدلالة من هذه الآية :-

أن الله عز وجل بين فى هذه الآية الكريمة أنه لا يجوز أكل الأموال بالباطل، وبين سبحانه وتعالى أن الرضا أساس جميع العقود وأساس تحليل الأموال، وتوافق القبول مع الإيجاب هو الذى يدل على هذا التراضى، فالموصى يوجب شيئا معينا والموصى له يرضى بذلك ويظهر قبوله له.

أما السنة :-

فما رواه أبو داود[3] بسنده الى أبى هريرة[4] رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "لا يفترقن اثنان إلا عن تراض[5]"

[1] - المبسوط للسرخسى ٤٨/٢٨، تحفة المحتاج شرح المنهاج ٩٥/٦، المبدع فى شرح المقنع ٥/٦، طبعة المكتب الإسلامى بيروت.

[2] - سورة النساء آية رقم ٢٩.

[3] - سبق تعريفه.

[4] - سبق تعريفه.

[5] - عون المعبود شرح سنن أبى داود ٣٢٩/٩ طبعة المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.

وجه الدلالة من هذا الحديث :-

أن النبى صلى الله عليه وسلم بين أنه لا يجوز أن يفترق اثنان إلا عن تراضٍ منها، وتوافق الإيجاب والقبول هو الذى يظهر رضا الموجب والقابل.

كما أن الفقهاء اشترطوا فى الصيغة أن تكون واضحة الدلالة على الوصية، فلو كان الكلام غير واضح الدلالة على المراد والكتابة غير مستبينة والإشارة غير مفهومة فلا تصح الوصية.

المبحث الثانى

إضافة الوصية وتعليقها

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

إضافة الوصية

إن الوصية لا يمكن أن تنعقد بصيغة منجزة[1]، وذلك لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فآثارها تتأخر إلى ما بعد وفاة الموصى، فلا تصح إلا بصيغة مضافة إلى المستقبل أو معلقة على شرط.

وعلى ذلك فإنه إذا أضيفت الوصية إلى أى زمن يأتى بعد موت الموصى صحت باتفاق الفقهاء، وكانت منافع الموصى به فى الفترة التى بين وفاة الموصى ووقت نفاذ الوصية لورثة الموصى، وكان ملك الرقبة على حكم ملك الموصى إلى أن يجئ وقت التنفيذ[2].

فإذا أوصى شخص لآخر بحديقته بعد موته بعشر سنين صحت الوصية، وكانت منافع هذه الحديقة فى الفترة التى بعد موت الموصى إلى وقت نفاذ الوصية لورثة الموصى، وإذا أوصى بعتق ما فى بطن جاريته بعد موته بشهر فهو جائز، لأن ما فى البطن كالمنفصل فى حكم مقصود المعتق فيه.

[1] – والصيغة المنجزة هى التى تفيد إنشاء العقد فى الحال غير مؤخرة لأحكامه وآثاره.
انظر جامع الفصولين ٢/٥ طبعة بولاق، الدرر شرح الغرر ٢/٢٠٢ طبعة

[2] – المبسوط للسرخسى ٢٨/٤٥، مواهب الجليل للحطاب ٦/٣٨٤، الأم للإمام الشافعى ٤/٢٥ طبعة دار المعرفة بيروت، الكافى لابن قدامة ٢/٤٨، طبعة الكتب الإسلامى.

ولقد قضى قانون الوصية المصرى فى مادتـه الثالثـة بأنـه : تصـح الوصيـة المضافة أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به، وإن كان الشرط صحيحا وجبت مراعاته مادامت المصلحة فيـه قائمـة ولا يراعـى الشـرط إن كـان غـير صحيـح أو زالـت المصلحة المقصودة منه[1].

[1] - شرح قانون الوصية ٢٧٣ و ٢٧٤.

المطلب الثانى

تعليق الوصية واقترانها بالشرط

اتفق الفقهاء على جواز تعليق الوصية على شـرط، وذلـك لأن الوصيـة لا تكون منجزة لأن التنجيز يخالف طبيعتها إذ أنها تمليك مضاف إلى مـابعد المـوت، والوصية لا تكون إلا مضافة إلى الموت أو معلقة على شرط.

والتعليق :- هو ما توقـف وجـوده على حصـول أمـر آخـر ممكـن الوجـود فـى المستقبل[1]، أى ربط جملة الجواب على حصول مضمون جملة الشــرط كأن يقول الموصى : إن ملكت هذه الحديقة فقد جعلتهـا بعـد موتـى وصية للفقراء من بنى فلان.

فالصيغة المعلقة على شرط لا تنشئ الوصية إلا بعد تحقق هذا الشرط.

وللتعليق شروط لابد منها وهى :-

١- أن يكون الأمر المعلق عليه معدوما فى الحال ومحتمل الوقوع فى المستقبل فإن علق الوصية على أمر ماض فإنها لا تجوز.

[1] - حاشية ابن عابدين ٦٦٦/٦، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٨/٤، حاشية الشروانى على تحفة المحتاج ٧/٧، المهذب للشيرازى ٤٥٢/١، الكافى لابن قدامة ٤٨٢/٢.

٢- أن يكون المعلق عليه غير مستحيل الوقوع فإن كان مستحيل الوقوع كأن يقول الموصى : إن شربت ماء هذه البحار أوصيت لك بكذا، أو إن أمطرت السماء ذهبا أوصيت لك بكذا[١]، فإن الوصية لا تجوز.

والفرق بين التعليق والإضافة :-

أولا :- إن التعليق يكون بعبارة مشتملة على أداة من أدوات الشرط أو ما هو في معناها، أما الإضافة إلى زمن مستقبل فليس كذلك[٢].

ولكن هذا المعيار غير دقيق ولا يصلح للتفرقة بين الإضافة والتعليق على أساس سليم فهو إن صلح في بعض الأمثلة فإنه لا يصلح في أخرى[٣].

ثانيا :- إن التعليق يكون على أمر على خطر الوقوع، أما الإضافة فإنها تكون على أمر محقق الوقوع.

فإن قال الموصي : إن شفى الله مريضي هذا أوصيت إليك بهذه الحديقة، فإن هذا يسمى تعليقا لأن مريضه قد يشفى وقد لا يشفى.

أما إن قال إن جاء رمضان أوصيت لك بهذه الحديقة فإن هذا يسمى إضافة، لأن مجئ رمضان محقق الوقوع.

[١] - راجع الوصية للأستاذ الدكتور أبو العينين بدران ص ٣٢، أحكام الوصايا والأوقاف للأستاذ الدكتور محمد شلبى ص ٥٨، وقال عامة أهل العلم : إن علق الوصية بشرطين لم تنعقد قبل وجودهما جميعا.

[٢] - حاشية ابن عابدين ٤/٣٧٠.

[٣] - راجع نظرية الأجل فى الإلتزام للأستاذ الدكتور عبد الناصر العطار ص ٦٢ طبعة مطبعة السعادة، الولاية والوصاية للأستاذ الدكتور الحصرى ٤٥٦ طبعة دار الجيل بيروت.

أما اقتران الوصية بالشرط.

فهو الذى تصدر فيه الصيغة منشئة للعقد على أن يكون العقد مقيدا فى أحكامه بشروط معينة.

والفرق بين تعليق الوصية على الشرط وبين اقترانها به :

أن التعليق هو ترتيب تنجيز عقد الوصية على تحقق الشرط، فالصيغة المعلقة لا تنشئ الوصية منجزة وإنما تنشئها معلقة على وجود شئ.

والاقتران بالشرط معناه أن تكون الصيغة منشئة للعقد على أن يكون هذا العقد مقيدا بشروط معينة.

ولقد توسع الفقهاء رحمهم الله فى قبول الشروط التى يشترطها الموصون والواقفون، وذلك لأن الوصية تصرف فى الملك مضاف إلى ما بعد الموت، وترك ذلك توسعة على المالك ليتدارك ما فاته من واجبات ونذور.

ونرى ذلك جليا عن الفقهاء :-

فالحنفية :- يقسمون الشروط عموما إلى ثلاثة أقسام :

صحيح[1] - وباطل[2] - وفاسد[3]

[1] - الشرط الصحيح :- هو ما وافق مقتضى الشرع وكان يقتضيه العقد بحيث لو لم يذكر لكان الوفاء به واجبا بمقتضى العقد نفسه لأنه مما تم التعاقد والاتفاق عليه، فكان جزءا من العقد يلزم بلزومه،

والمالكية :- لم يتعرضوا لتقسيم الشرط المقترن بعقد الوصية إلى صحيح وفاسد وباطل وإنما اكتفوا بذكر ذلك في البيوع[1].

والشافعية :- يرون أن الشرط إذا اقترن بعقد الوصية إما أن يكون لاشتراطه في العقد غرض عادة أو عرفا، أو لا يكون لاشتراطه غرض.

فإذا لم يكن في اشتراطه غرض فهو لاغ، لأن اشتراطه في هذه الحالة عبث فلا يلزم الوفاء به، أما إذا كان في اشتراطه غرض، فإما أن يكون من مصلحة العقد اشتراطه أو لا يكون، فإن كان من مصلحة العقد صح ولزم الوفاء به، أما إذا لم يكن من مصلحة العقد فهو شرط فاسد يبطل العقد، وذلك كاشتراط ما ينافي مقتضى العقد، كأن يوصي لشخص بدار ويشترط عليه أن لا يتصرف فيها[2].

إلاأنه خارج عن ماهية الشئ كاشتراط تسليم الشئ الموصى به بعد موت الموصي، وكما لو قال الموصي : أوصيت بهذه الدار لمحمد ينتفع بها بعد موتي بعشر سنين وبعدها تنتقل إلى أحمد، فهذه الوصية صحيحة، لأن هذا الشرط صحيح ملائم للوصية.

[2] – والشرط الباطل :- هو ما كان مخالفا لمقتضى العقد زائدا على ما يقتضيه ولم يرد به الشرع ولا جرى به العرف وليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا لإنسان غيرهما. كما إذا أوصى لشخص بما تحمله هذه المرأة.

[3] – والشرط الفاسد :- هو ما كان زائدا على مقتضى العقد غير موافق له ولا مؤكد له ولم يرد به دليل شرعي ولم يجر به عرف وفيه منفعة لمن هو أهل للاستحقاق، سواء أكان لأحد العاقدين أم غيرهما، كأن يوصي شخص لآخر بهذه الحديقة على أن يحج بثمنها.

انظر البحر الرائق ٤٦١/٨، عقد الوصية للدكتور بدران ٣٤، أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٨٢.

[1] – أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٨٧.

[2] – تحفة المحتاج شرح المنهاج ٨/٧، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤٣٤/٣.

والحنابلة :- يرون أن الأصل فى العقود والشـروط الصحـة والجـواز ولا يبطلـون منها إلا مادل الشرع على تحريمه وإبطاله، حتى قال الإمام ابن تيمية[1] رحمه الله ليس فى الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط من الإمـام أحمـد[2] رحمـه الله، وعامـة مـا يصححـه الإمـام أحمـد مـن العقـود والشروط مبنى على ما بلغه من الأحاديث عن النبى صلـى الله عليـه وسلم والآثار عن الصحابة الكرام رضوان الله عليهم، ولقد بلغه مـن ذلك الكثير الذى لم يبلغ غيره من الأئمة الذين سبقوه.

وقـد يعتمـد أصحـاب الإمـام أحمـد فـى جـواز العقـود والشـروط علـى عمومات الكتاب والسنة التى تـدل علـى الوفـاء بـالعقود وبالشـروط أساسـا فـى تصحيح الشروط.

ولكنه يرى أن اشتراط شرط ينافى المقصود الأصلى مـن العقـد مبطـل لـه كاشتراط تأقيت النكاح.

[1] - هو الإمام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية، أبو العباس الحرانى، ولد بحـران سـنة إحـدى وستين وستمائة هجرية، قدم مع والده وأهله إلى دمشق، وأخذ عن علمائها، وبرع فى الفقه والتفسير والحديث، وأخذ يؤلف فاشتهر أمره، كانت له بعض الآراء التى ألبت عليـه الحكـام فـأودع السـجن تارة ونفى تارة أخرى، ولكن هذا لم يؤثر عليه و لم يجعله يتراجع عن آرائه، ولقـد أثـر عنـه أنـه كـان يقول : قتلى شهادة، وسجنى خلوة بربى، ونفيى سياحة فى سبيل الله، لـه مؤلفـات كثيرة وفتـاوى عديدة، منها مجموع الفتاوى، توفى رحمه الله تعالى سنة ثمان وعشرين بعد المائة السابعة من الهجرة.
انظر الفكر السامى ٤/١٨٧ مطبعة دار المعارف، النجوم الزاهـرة ٩/٢٧١، الـدرر الكامنـة ١/١٥٤ طبعة دار الكتب.

[2] - انظر مجموع فتاوى ابن تيمية ٩/١٣٢ الطبعة الأولى سنة ١٣٩٨.

والشرط الفاسد عندهم هو ما كان مخالفا لمقتضى العقد وأدى اشتراطه إلى رفع العقد بعد تمامه، وفى هذه الحالة يفسد الشرط وحده ويصح العقد.

أو ما كان منهيا عنه من الشارع، وفى هذه الحالة يفسد الشرط والعقد جميعا، ولقد ضيق الإمامان ابن تيمية وابن القيم[1] رحمهما الله فى الشروط التى تشترط فى الوصايا والأوقاف سدا لباب الفساد ومراعاة لمقاصد الشرع، فقالا : إن كل شرط لا يتفق مع مقاصد الشرع العامة يكون باطلا وإن لم يرد فيه نهى خاص وقد توسعا فى معنى هذه المقاصد الشرعية، وفى إبطال الشروط إذا كانت مخالفة لها.

ومنشأ مخالفة هذين الإمامين لجمهور الفقهاء أن جمهور الفقهاء لا يبطلون من الشروط إلا ما يكون منهيا عنه فى الوصايا والأوقاف، أو يضر بمصلحة الأعيان والمستحقين، بخلاف ابن تيمية وابن القيم[2]، وعلى ذلك فإنهم يريان أن اشتراط عدم الزواج للدخول فى الاستحقاق فى الوقت أو فى

[1] - هو شمس الدين محمد بن أبى بكر بن قيم الجوزية، من أفذاذ العلماء المعدودين وأحرار الفكر فى هذه الأمة، وهو تلميذ شيخ الإسلام ابن تيمية، وناشر علمه، ببيانه العذب ونفسه الطويل وتنسيقه الجميل، وهو من أكبر أنصار الحديث وأعداء التقليد والبدع، له المؤلفات السائرة المقبولة منها : زاد المعاد وإعلام الموقعين ومدارج السالكين وغير ذلك، وكله مطبوع متداول، ووفاته فى دمشق، توفى رحمه الله سنة إحدى وخمسين وسبعمائة هجرية.

انظر : الدرر الكامنة ٣٣٦/١٠ طبعة دار الكتب، وإيضاح المكنون على كشف الظنون ٢٧١/١ طبعة دار إحياء التراث العربى.

[2] - سبق تعريفهما.

الدخول فى الوصية مخالفة لمقاصد الشرع التى منها الترغيب فـى الـزواج والحث عليه ومنع الفساد، وأن الامتناع عن الزواج رغبة فى الأموال قد يؤدى إلى أسوأ العواقب، ولذا فقد أبطلا مثل هـذه الشـروط، بخلاف جمهور الفقهاء فإنهم لا يرون فى مثل هذا الشرط ما يوجب إبطاله لأنه لم يرد نهى عنه فيعتبرونه شرطا صحيحا واجب المراعاة[1].

وقد ذكر الشيخ أبو زهرة رحمه الله أن القانون يتجـه إلى تقييـد الشـروط الواجبة التنفيذ فضيق فى نطاق الشـروط الصحيحـة ووسـع فـى نطـاق الشـروط الباطلة.

وهو فى ذلك يتجه الاتجاه الذى سلكه الإمام ابـن تيميـة رحمـه الله ومـن معه ولذلك أكثر من القيود فى الشروط الصحيحة فقد قيـد الشـروط الصحيحـة بثلاثة قيود :-

أولا :- أن يكون فى الشرط مصلحة.

ثانيا :- ألا يكون منهيا عنه.

ثالثا :- ألا يكون منافيا لمقاصد الشريعة.

وفى الحقيقة فإن مذهب الإمام ابن تيمية رحمه الله ومن تبعه من التشـديد فى قبول الشروط واشتراط ألا يكون الشرط منافيا لمقاصد الشـريعة هـى نظـرة

[1] - عقد الوصية للأستاذ الدكتور بدران ص ٣٥، شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٣.

اجتماعية واعية، لأنه لا فرق بين أن يكون الشرط مخالفا صراحة لنص الشريعة، وبين أن يكون مستلزما لمخالفتها، فالشريعة تعمل على تحقيق المصالح ودفع الضرر فى كل صوره، واشتراط عدم الزواج لاستحقاق الوصية فيه مصادمة للنصوص الكثيرة المرغبة فى الزواج، وقد يكون الزواج واجبا فى صورة القدرة على الزواج وتيقن الوقوع فى الحرام إن لم يتزوج، فضلا عن أن فيه إشاعة للفساد فى المجتمع[1].

[1] - الوصية وأحكامها للأستاذ الدكتور/ محمود على ص ١٠٤.

الفصل الثانى

الموصى وشروطه

الموصى هو الشخص الذى ينشئ الوصية بإيجابه.

ولما كانت الوصية تصرف من التصرفات التى ينشأ عنها إخراج جزء من المال اشترط الفقهاء فيه شروطاً لابد من وجودها فيه، وسوف أتناولها بالتفصيل فى ثمانية مباحث.

المبحث الأول

البلـــوغ

اتفق الفقهاء على بطلان وصية الصبى غير المميز[1] الذى لا يقصد إلى معانى العبارات قصدا صحيحا، لأن عباراته ملغاة، فلا ينعقد بها عقد ولا ينشأ بها تصرف أصلا، لعدم وجود أهلية الأداء[2] فلا تصح وصيته من باب أولى لأن فيها ضرراً عليه، يضاف إلى ذلك أن إسلامه وصلاته التى فيها نفع محض لم تصح منه فأولى أن لا تصح وصيته، لأن فيها بذل مال يتضرر به ورثته.

[1] – وقد شذ فى هذا إياس بن معاوية حيث ذهب إلى صحة وصية الصبى غير المميز إذا وافقت وصيته الحق. انظر : المبدع فى شرح المقنع لابن مفلح ٦/٦، المغنى لابن قدامة ٥١٠/٨.

[2] – انظر حاشية ابن عابدين ٥٦٩/٥، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٥/٦، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٢/٤، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤١/٦، مغنى المحتاج ٣٩/٣، البحر الزخار ٣٠٦/٥، المبدع ٦/٦، ورياض المسائل فى تحقيق الأحكام بالدلائل ١٩/٢، الإيضاح للشماخى ٨٨/٤.

ثم اختلفوا بعد ذلك فى صحة وصية الصبى المميز على ثلاثة مذاهب :-

** فذهب الحنفية والظاهرية والإباضية والشافعية فى المعتمد عندهم وبعض الزيدية وبعض الإمامية إلى القول ببطلان وصية الصبى المميز[١].

** وذهب المالكية وبعض الشافعية إلى صحة الوصية من الصبى المميز فى الجملة[٢].

** وذهب الحنابلة والإمامية فى المشهور عندهم وبعض الزيدية إلى صحة وصية الصبى المميز إذا بلغ عشر سنين، وكانت فى المعروف أو وافقت وجه الحق، وكان يضع الأشياء فى مواضعها[٣].

[١] – بدائع الصنائع ٤٩٨١/١٠، حاشية ابن عابدين ٦٥٦/٦، المحلى لابن حزم ٤٠٣//٩، روضة الطالبين للإمام النووى ١٩٦/٦، نهاية المحتاج ٤١/٦، البحر الزخار ٣٠٦/٥، وقد قال الزيدية ببطلان وصية ابن سبع سنين فما دونه بالإجماع، لرفع القلم، وتصح من ابن خمس عشرة إجماعا.
الإيضاح ٨٨/٤، بلغة الفقيه لمحمد بحر العلوم ٣٨٠، المطبعة الحجرية، ولقد أبطل الحنفية تبرعات الصبى المميز لأنها ضارة به ضررا محضا، لأنه لا يقابلها عوض دنيوى.
انظر البدائع اللكاسانى ٤٩٨١/١٠.

[٢] – إلا أن بعض المالكية وبعض الشافعية قالوا بصحتها إن كانت بقربة، ولم يكن فى كلامه اختلاط، لأن ذلك علامة على نضج عقله.
انظر مواهب الجليل للحطاب ٣٦٥/٦، الخرشى على مختصر خليل ١٦٨/٨، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤١/٦.

[٣] – الإنصاف للمرداوى ١٨٦/٧، رياض المسائل فى تحقيق الأحكام بالدلائل ١٩/٢، البحر الزخار ٣٠٦/٥.

الأدلـــــــة

استدل القائلون ببطلان وصية الصبى المميز بالسنة والمعقول :

أما السنة :-

فما رواه الترمذى وأبو داود[1] بسنديهما إلى عائشة[2] رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : "رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبى حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل[3]".

وجه الدلالة من هذا الحديث :-

أن النبى صلى الله عليه وسلم بين أن التكليف مرفوع عن الصبى حتى يبلغ، وإذا انعدم التكليف فى حقه فلا تنعقد وصيته، لعدم الاعتداد بعبارته.

أما المعقول فمنه :-

١- إن الوصية إخراج للمال بلا عوض فهى تبرع، والتبرع ضرر محض للصبى المميز، فلا يصح من الصبى قياسا على سائر التبرعات كالهبة والصدقة[4].

٢- إن قول الصبى المميز غير ملزم لقصور أهليته، وتصحيح وصيته يؤدى إلى القول بإلزام[5] قوله، وذلك مخالف للحديث السابق.

[1] - سبق تعريفهما.

[2] - سبق تعريفها.

[3] - سنن الترمذى ٣٢/٤، سنن أبى داود ٤٥٢/٢، وهذا الحديث حسن غريب، وصححه الحاكم، : انظر الجامع الصغير ٢، ٢٠، وفى رواية "وعن الصبى حتى يكبر وعن المجنون حتى يفيق" وقد رواه الخمسة، ورواه البخارى موقوفا عن على كرم الله وجهه، : انظر التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول للشيخ منصور على ناصف ٣٣٧/٢ طبعة دار الفكر بيروت.

[4] - كشف الأسرار للبخارى ٢٥٩/٤.

واستدل القائلون بصحة وصية الصبى بالكتاب والآثار والمعقول :

أما الكتاب :-

فبعمومات قول الله عز وجل "وافعلوا الخير لعلكم تفلحون[1]" ، وقوله تعالى "من بعد وصية يوصى بها أو دين[2]".

وجه الدلالة من هاتين الآيتين :-

أن الله عز وجل يطلب فى هاتين الآيتين فعل الخير من جميع المسلمين من غير تفريق بين صغير وكبير ويوصى بالوصية عموما من غير تفريق أيضا.

ويناقش هذه :-

بأن هاتين الآيتين خطابا تكليف، فلا يتوجهان إلى الصبى، لأنه ليس أهلا للتكليف، فلا يصح الاستدلال بهما على صحة وصية الصبى المميز.

أما الآثار فمنها :-

١- ما رواه مالك[3] بسنده إلى عمرو بن سليم[4] الزرقى أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب[5] : إن غلاما يافعا[6] لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال

[5] – تبين الحقائق ٦/١٨٥.

[1] –سورة الحج آية رقم ٧٧.

[2] – سورة النساء آية رقم ١١.

[3] – سبق تعريفه.

[4] – هو عمرو بن سليم بن خلدة ـ بسكون اللام ـ الأنصارى الزرقى ـ بضم الزاى وفتح الراء بعدها قاف ـ ثقة من كبار التابعين، مات سنة أربع ومائة هجرية انظر تقريب التهذيب ٥٠٤٤/٤٢٢ طبعة دار الرشيد.

وليس له إلا ابنة عم له، قال عمر بن الخطاب : فليوص لها، قال فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم، قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم، وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرقي[1].

قال مالك وأخبرني رجال من أهل العلم عن عبد الله بن مسعود[2] وعمر بن عبد العزيز[3] وابن شهاب[4] وغيرهم من أهل العلم مثله[5].

[5] – هو عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي، ولد بعد الفيل بثلاث عشرة سنة، وكان من أشراف قريش، وإليه كانت السفارة في الجاهلية، وهو أحد فقهاء الصحابة، وأحد العشرة المبشرين بالجنة، وبإسلامه أعز الله الإسلام، ولقبه النبي صلى الله عليه وسلم بالفاروق، وهو أول من لقب بأمير المؤمنين، بويع بالخلافة بعد أبي بكر رضي الله عنه، سنة ثلاث عشرة هجرية، وتم في عهده فتح عظيم، وهو أول من وضع التاريخ الهجري، وأول من دون الدواوين، استشهد سنة ثلاث وعشرين. انظر أسد الغابة ١٤٢/٣، طبقات ابن سعد ٢٦٥/٣، الإصابة ٥١١/٣، الاستيعاب ٤٥٠/٢.

[6] – اليفاع ما علا من الأرض، ومنه يقال أيفع الغلام إذا علا شبابه، فهو يافع لا موفع، ويفع الجبل كمنع صعده، والغلام راهق العشرين كأيفع، وهو يافع، واليافعات من الأمور ما علا وغلب منها فلم يطق، ومن الجبال الشمخ.

انظر القاموس المحيط مادة يفع – ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٥٧/٦.

[1] – انظر : الموطأ بشرح الزرقاني ٤٧٠/٤، وسنن الدرامي ٤٢٤/٢ طبعة دار إحياء السنة المحمدية.

[2] – هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، أبو عبد الرحمن كان من أكابر الصحابة وأكثرهم فضلا وعقلا، أول صحابي جهر بقراءة القرآن بمكة، كان خادما لرسول الله صلى الله عليه وسلم وصاحب سره ورفيقه في حله وترحاله وغزواته يدخل عليه في كل وقت ويمشي معه، كان من أهل مكة إلا أنه توفي بالمدينة سنة اثنتين وثلاثين هجرية عن ستين عاما، له من الأحاديث المروية عنه ما يقرب من ثمان وأربعين وثمانمائة حديث.

انظر الإصابة ٣٦٨/٢، أسد الغابة ٢٥٦/٣، الأعلام ٢٨٠/٤.

[3] – هو الخليفة الخامس عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي المدني ثم الدمشقي، أمير المؤمنين، الخليفة الصالح العادل، ولد بالمدينة سنة إحدى وستين ونشأ بها، ولي الخلافة سنة تسع

قال الإمام الزرقاني[1] : إن أثر عمر[2] رضى الله عنه صحيح ورجاله ثقات وله شاهد، ولقد انتشرت هذه القصة فلم ينكر عليها أحد من الصحابة.

ويناقش هذا من ثلاثة أوجه :-

الوجه الأول :-

أن كلام الزرقاني هذا غير مسلم، وذلك لأنه معارض بما ورد عن ابن عباس[3] رضى الله عنهما من عدم جواز وصية الصبى، يضاف إلى ذلك أن البيهقي[4] وابن حزم يضعفان هذه الروايات[5].

وتسعين، روى عن أنس وصلى خلفه، وروى عن الربيع ابن سبرة والسائب بن يزيد وسعيد بن المسيب، قال ابن سعد كان ثقة مأمونا عدلا، ملأ ربوع الأرض عدلا وأمنا، قيل دس له السم فتوفى به يوم الجمعة رحمه الله تعالى، لعشر بقين من شهر رجب سنة إحدى ومائة هجرية.انظر طبقات الحفاظ ٤٦، شذرات الذهب ١١٩/١، العبر فى أخبار من غبر ١٢٠/١ طبعة مطبعة الحكومة بالكويت.

[4] – هو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهرى، من بنى زهرة بن كلاب، من قريش، أبو بكر أول من دون الحديث، وأحد كبار الحفاظ والفقهاء، وهو تابعى من أهل المدينة، توفى رحمه الله سنة أربع وعشرين ومائة هجرية.

انظر طبقات الحفاظ ٤٢، الفكر السامى ١١٢/٢.

[5] – المدونة الكبرى ٣٣/١٥ طبعة دار صادر بيروت.

[1] – هو عبد الباقى بن يوسف بن أحمد الزرقاني، فقيه مالكي، ولد بمصر سنة عشرين وألف هجرية، له مؤلفات منها شرح على مختصر خليل، وشرح العزية، ورسالة فى الكلام، توفى رحمه الله تعالى سنة تسع وتسعين وألف هجرية.

انظر : الأعلام للزركلى ٢٧٢/٣.

[2] – سبق تعريفه.

[3] – سبق تعريفه.

[4] – سبق تعريفه.

الوجه الثاني :-

أن هذا الأثر محمول على أن الصبى المميز كان قريب العهد بالبلوغ فسمي يافعا مجازا تسمية للشيء باسم ما كان عليه، ولهذا لم يستفسر عمر رضى الله عنه وصيته هل هى فى القرب[1] أو غيرها.

الوجه الثالث :-

أن الإمام الطحاوى[2] يقول إن الاحتجاج بهذا الأثر المروى عن عمر[3] رضى الله عنه لا يصح من الشافعى[4] على أحد قوليه بصحة الوصية من الصبى لأنه مرسل إذ هو من رواية عمرو[5] ابن سليم وهو لم يدرك عمر رضى الله عنه والمرسل لا يحتج به الشافعى إلا بشروط[6].

[5] – السنن الكبرى للبيهقى ٢٨٢/٦ طبعة دائرة المعارف العثمانية، المحلى لابن حزم ٤٥٢/١٠.

[1] – القرب : لغة جمع قربة ـ بضم القاف وسكون الراء ـ وهى كل شيئ يتقرب به العبد إلى ربه عز وجل، وتجمع على قرب وقربات، انظر لسان العرب مادة قرب.

وفى الإصطلاح :– هى فعل ما يثاب عليه بعد معرفة من يتقرب إليه به وإن لم يتوقف حصولها على نية انظر حاشية ابن عابدين ٧٢/١.

[2] – هو أحمد بن محمد بن سلامة الأزدى الحجرى المصرى الطحاوى، أبو جعفر، ولد سنة ٢٣٩ تسع وثلاثين ومائتين هجرية، كان ثقة نبيلا، أحد الفقهاء الأعلام، ولقد صاحب الإمام المزنى وأخذ الفقه عنه، وقد ترك المذهب الذى كان عليه أول حياته وهو المذهب الشافعى وأصبح حنفى المذهب، وتوفى سنة ٣٢١ إحدى وعشرين وثلاثمائة هجرية.

انظر : تاج التراجم ٧، طبقات السبكى ٣٣٧، الأعلام ١٩٧/١.

[3] – سبق تعريفه.

[4] – سبق تعريفه.

[5] – سبق تعريفه.

[6] – حاشية ابن عابدين ٦٥٧/٦.

٢- ما روى عن عثمان[1] رضى الله عنه انه اجاز وصية غلام عمره إحدى عشرة سنة[2].

ويناقش هذا :-

بأنه محمول على أن الصبى المميز كان قريب العهد بـالبلوغ أو أن وصيتـه كانت فى تجهيزه وأمر دفنه.

أما المعقول :-

فهـو أن الوصيـة صدقـة يحصـل علـى ثوابهـا دون أن يتضـرر بهـا، لأنهـا لاتخرج من ماله إلا بعد خروجه من ملكه، فالصبى ينال الثواب بلا مقـابل يخـرج منه، وهذا نفع محض، والنفع المحض يصح من الصبى، فالوصية تصح منه، فهو إنما منع من التصرف خوفا من إضاعة المال، وليـس فـى الوصيـة إضاعـة للمـال، لأن المال فى يده مادام حيا وبعد الموت يخرج من ملكه[3].

ويناقش هذا من وجهين :-

[1] - هو أمير المؤمنين أبو عبد الله عثمـان بـن عفـان بـن أبـى العـاص القرشـى الأمـوى، ثـالث الخلفـاء الراشدين ومن السابقين للإسلام، هاجر الهجرتين وصلى القبلتين، صهـر رسـول الله صلـى الله عليـه وسلم على بنتين كريمتين، وهو من العشرة المبشرين بالجنة، كان محظوظا فى الدنيـا، فكـان مـن أكـبر المساعدين للإسلام بماله، فتحت فى خلافته فتوح كثيرة، كان من كبار الفقهاء، شديد الحياء والحلم، مائلا إلى السلم قتل سنة ٣٥ خمس وثلاثين هجرية، وكانت خلافته أثنى عشرة سنة إلا أيامـا. انظر خلاصة التذهيب ٢٦١، طبقات الفقهاء ٤٠/٤١.

[2] - نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ٤٣١/١٠.

[3] - المهذب للشيرازى ٤٥٠/١، كشاف القناع للبهوتى ٣٣٦/٤، تبيين الحقائق ١٨٥/٦.

الوجه الأول :-

أنه لا يسلم أن وصية الصبى المميز فيها نفع، بل هـى ضـرر محـض عليـه، لأن التصرف إنما يحكم عليه بحسب أصلـه، ولا يعتـبر المتفـق النـادر كمـا فـى الطلاق فإنه لا يصح منه لأنه ضرر محض فى أصلـه، وأحيانـا يكـون نفـع للصبـى كما لو طلق زوجته المعسرة الشوهاء ليتزوج أختها الموسرة الحسناء، فإنه لا يجوز لأن أصل هذا التصرف ضرر محض فلا يلتفت إلى ما يتفق أحيانا[1].

الوجه الثاني :-

على فرض التسليم جدلا بأن هذا التصرف نفع محض مـن حيـث الظـاهر وهو حصول الثواب فقد عارضه نفع أعلى منه وهو ترك المـال لورثتـه، ولا شـك أن إبقاء المال إلى الأقارب أفضل من نقله إلى الأجانب لأنه يشـتمل علـى بريـن : صلة الرحم والصدقة، وذلك لقول النبى صلى الله عليه وسلم : "أفضـل الصدقـة على ذى الرحم الكاشح[2]".

والانتقال من الأفضل إلى ما دونه بالوصيـة ضـرر محـض، فـلا يصـح مـن الصبى ولو كان مميزا.

[1] – كشف الأسرار ٤/٤٥٩.

[2] – رواه الإمام أحمد عن أبى أيوب الأنصارى وحكيم بـن حـزام، ورواه الحـاكم فـى المسـتدرك عـن أم كلثوم امرأة عبد الرحمن بن عوف، وقال صحيح على شرط مسلم، ورواه الطبرانى فى معجمه، وقال ابن طاهر : سنده صحيح.

انظر نصب الراية للزيعلى ٤/٤٠٦ طبعة دار المأمون بالقاهرة.

وأجيب عن هذا :-

بأن هذا الكلام يمنع وصية البالغ أيضا، لأن فيها ضررا بالورثة وهم أولى من غيرهم.

ورد على هذا :-

بأن البالغ له أهلية أداء كاملة يستطيع بها أن يميز بين الضرر والنفع، ولذا شرع فى حقه الطلاق و لم يشرع فى حق الصغير[1].

الرأى المختار :-

وبعد فإن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من بطلان وصية الصبى المميز هو الأولى بالقبول لما ذكروه من أدلة ورد أدلة المخالفين، يضاف إلى ذلك أن الصبى مهما ميز فهو لايزال فى دور النضوج العقلى لا يفكر فى عواقب أمره، وإنما هو ابن يومه وساعته فليس من مصلحته أن يوصى بشئ من ماله.

وقد أخذ القانون بهذا الرأى، فجاء فى قانون الوصية فى المادة الخامسة ما نصه :

"يشترط للموصى أن يكون أهلا للتبرع قانونا على أنه إذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى[2]".

[1] - كشف الأسرار ٤/٢٦٠.

[2] - شرح قانون الوصية ٢٧٤.

المبحث الثانى

العقـــــل

أن يكون عاقلا حتى تنعقد وصاياه، وذلك لأن العقل أداة التفكير ومنـاط التكليف، به يؤاخذ ا لله الإنسان وعليه يحاسبه، فإذا مـا عـدم عقـل الإنسـان فـلا تصح وصاياه، وقد يطرأ على عقل الإنسان ما يزيله مثل الجنون والسكر.

وسوف أتناول ذلك فى مطلبين :-

المطلب الأول

الجنـــون[1]

اتفق الفقهاء على أن الوصية لا تصح من المجنون[2]، واستدلوا على ذلك بما يأتى :

١- ما رواه الترمذى[3] بسنده إلى عائشة[4] رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليـه وسلم أنه قال : "رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق[5]".

[1] - الجنون لغة : الاستتار، من جن جنا وجنونا وجنة ومجنة، زال عقله وسلب.

المعجم الوسيط ص ١٤١، والتعريفات للجرجانى ص ٥٤ طبعة المطبعة المحمدية.

والجنون آفة تحل بالدماغ تبعث على الإقدام على ما يضاد مقتضى العقل من غير ضعف فى أعضائه، وقيل هو مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها ويصحبه اضطراب وهياج غالبا ، انظر : التلويح على التوضيح ١٦٧/٢ طبعة المطبعة الخيرية بمصر، تيسير التحرير ٤٢٠/٢ طبعة مصطفى البابى الحلبى.

[2] - وهناك رأى شاذ ورد عن إياس بن معاوية يقول فيه بجواز وصية المجنون إذا وافقت الحق، وذلك لأن الوصية إذا وافقت الحق فإنه لا يكون فيها ضرر ولا تضييع للمال، ولكن هذا الكلام ليس بصحيح، لأنه لا حكم لكلام المجنون.

انظر : المغنى لابن قدامة ٥١٠/٨، بدائع الصنائع ٤٩٧٩/١٠، حاشية ابن عابدين ٥٨٢/٥، شرح الزرقانى على الموطأ ٦١/٤، الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٢٢/٤، نهاية المحتاج للرملى ٤١/٦، سبل السلام ١٧٩/٣، الإقناع للمقدسى ٤٧/٣، العروة الوثقى ٤٠٥/٢ طبعة صيدا.

[3] - سبق تعريفه.

[4] - سبق تعريفها.

[5] - سنن الترمذى ٣٢/٤، وقد سبق تخريجه.

٢- ما روى عن على وعمر[1] رضى الله عنهما مرفوعا إلى النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : "رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ .... الحديث"[2].

وجه الدلالة من هذا :-

أن النبى صلى الله عليه وسلم بين أن التكليف عن المجنون مرفوع حتى يفيق، وإذا انعدم التكليف فى حقه فلا تصح وصاياه لعدم الاعتداد بعبارته.

٣- إن المجنون ليس لديه قصد صحيح حتى تنعقد وصاياه، ولعدم إدراكه لما يقول.

هذا إذا كان جنونه مطبقا[3] أو ممتدا على حد تعبير بعض الفقهاء.

أم إذا كان جنونه غير مطبق أى متقطعا ـ بأن كان صاحبه يفيق أحيانا ويجن أحيانا، فقد اتفق الفقهاء على الاعتداد بعقوده حال إفاقته، دون حال

[1] - سبق تعريفهما.

[2] - سنن أبى داود ٢/٤٥٢.

[3] - ولقد اختلف علماء الحنفية فى تحديد مدة الجنون المطبق، فقال محمد بن الحسن : إنه يستمر سنة، وذلك لأن أقصى مدة للعبادات هى سنة للزكاة، فاعتبرت، فبمضيها تسقط العبادات كلها فى السنة، فيكون ذلك دليل سقوط التكليف، وقال أبو يوسف : إنه يستمر شهرا، ذلك لأن الشهر أدنى ما تسقط به عبادة الصوم، فاعتبر مقداره.

وقال أبو حنيفة : إنه يستمر أكثر من يوم وليلة بالنسبة للصلاة أو شهرا بالنسبة للصوم أو سنة بالنسبة للزكاة. انظر بدائع الصنائع ٤٩٧٩/١٠.

ولكن القانون اختار رأى أبى يوسف وسار عليه. انظر شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٦١.

جنونه، وأنه يتوجه إليه التكليف بالعبادات حال إفاقته، فإذا عاد إلى الجنون ارتفع التكليف عنه وسلبت عبارته من جديد شأنه فى ذلك شأن المغمى عليه[1].

ولا فرق بين الجنون الأصلى والجنون الطارئ.

ولكن ما الحكم لو أنشأ الموصى وصيته ثم جن بعد ذلك فهل يؤثر جنونه هذا فى وصيته أم - لا.؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين :-

** فذهب الحنفية إلى التفرقة بين الجنون المطبق وبين الجنون غير المطبق وهو ما دون الشهر.

فقالوا بإبطال الوصية بالجنون المطبق، سواء اتصل بالموت أو لم يتصل بأن حصلت منه إفاقة قبل الموت كما يبطل به توكيله غيره، وذلك لأن عقد الوصية عقد غير لازم يجوز للموصى الرجوع عنه فى أى وقت شاء، والعقود غير اللازمة يكون لبقائها حكم إنشائها فيشترط لبقائها صحيحة حتى الوفاة ما يشترط عند إنشائها من كمال العقل، لأن بقاءها يقتضى توافر الإرادة المستمرة لبقائها وعدم الرجوع عنها، وهذه الإرادة لا تكون إلا باستمرار الأهلية.

ولا تبطل الوصية بالجنون العارض غير المطبق، لإمكان استمرار إرادة الوصية، ولأنه يشبه الإغماء، ولأن زوال العقل فى غير الجنون المطبق غير مجزوم به فلا تزول به التصرفات الثابتة[2].

[1] - نفس المراجع السابقة.

[2] - بدائع الصنائع ٤٩٧٩/١٠ - الدار المختار ٥٨٢/٥.

وقد نوقش هذا من وجهين :-

الوجه الأول :- أن قولهم إن الوصية تبطل بالجنون الطارئ بعد العقد لاحتمال رجوعه لولا جنونه المطبق قول غير مسلم، وذلك لأن هذا الاحتمال ليس بمسوغ قوى، لأن الاحتمال المذكور ضعيف وبعيد، وذلك لحرص العقلاء على صون تصرفاتهم وعدم نقضها إلا عند الضرورة القصوى.

و الوجه الثاني :- أن قياس الوصية على الوكالة قياس مع الفارق فلا يصح، وذلك لأن الوكيل يستمد ولايته فى التصرف من ولاية موكله، فإذا زالت أهليته زالت الولاية التى يستمد منها الوكيل سلطانه فتنتهى وكالته، بخلاف الوصية.[1]

** وذهب المالكية والحنابلة إلى أن الوصية متى نشأت والموصى كامل الأهلية لاتبطل بزوال الأهلية، ولو اتصل الجنون بالموت، سواء أكان الجنون مطبقا أم لا، اتصل بالموت أم لم يتصل، وذلك لأن الوصية كسائر العقود والتصرفات التى تعتمد فى صحتها على وجود الأهلية وقت إنشائها فقط، فإذا زالت بعد ذلك فإن هذا لا يؤثر فى صحة العقد أو التصرف.

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم أولى بالقبول، لما ذكروه، يضاف إلى ذلك أن الوصية شرعت لكى يتدارك الموصى ما فاته فى حياته، وليس من مصلحته أن يحال بينه وبين ما أقدم عليه من خير إرادة بسبب ظهر أنه لم يكن مانعا من الرجوع فى وصيته لو أراد ذلك.

(١) أحكام الوصايا فى الفقه الإسلامى ص ١٤٩ ، طبعة دار اللواء.

كما أن الوصية صدرت من الموصى فى وقت كان هو فيه كامل الأهلية، فلا يؤثر جنونه بعد ذلك فى وصيته.

ويلحق الفقهاء بالمجنون كلا من المغمى عليه والنائم والمعتوه الذى لا يعقل، ووجه إلحاق هؤلاء بالمجنون أن عباراتهم غير صالحة لتكوين العقد.

وقد جاء فى القانون : أن الوصية تبطل بجنون الموصى جنونا مطبقا إذا اتصل بالموت[1].

فلابد لإبطال الوصية أن يكون الجنون مطبقا وأن يتصل بموت الموصى، أما إذا كان الجنون غير مطبق أو كان مطبقا لكن لم يتصل بالموت فإنه مراعاة لحقه لاتبطل وصيته، لأنه بإمكانه وقت إفاقته أن يستعمل حقه فى الرجوع عن وصيته، فإذا لم يرجع فى هذا الوقت كان ذلك دليلا على إصراره على وصيته فلا تبطل.

وبهذا يكون قانون الوصية قد أخذ بمذهب الحنفية فى بطلان الوصية بالجنون الذى يتصل بالموت و لم يأخذ بقولهم فى الجنون الذى لم يتصل بالموت بل أخذ فيه بقول المالكية والحنابلة.

[1] - شرح قانون الوصية ص ٢٧٥.

وقد استحسن الشيخ أبو زهرة تصرف القانون[1]، ولقد قال أستاذنا الدكتور محمود على[2]: ولكنى لا أميل لما أخذ به القانون ولا لما قاله الحنفية هنا وذلك لما يأتى :-

١- إن الوصية صدرت من أهل لها، والأصل بقاؤها حتى يقوم دليل على الرجوع فيها و لم يقم هذا الدليل.

٢- إنهم أبطلوا الوصية بناء على أن الوصية عندهم غير لازمة وله حق الرجوع، وبالجنون يحرم من هذا الحق إذا كان الجنون مطبقا.

ولكن يرد على هذا :-

بأن حرمانه من حق الرجوع لا ضرر فيه فهو ينتفع بالموصى به إن عاش، ويثاب عليه إن مات.

والقول بأنه كان يمكنه الرجوع لو لم يجن مردود بأن ذلك مجرد احتمال، والاحتمال لا يبطل الشئ الذى صدر وخصوصا أن الوصية مما يتسامح فيها ويتحمل فيها مالا يتحمل فى غيرها، ولهذا تجوز بالمجهول، فلأن تجوز بعد جنون الموصى أولى.

٣- إن القول بأن من شرط الوصية أن يموت مصرا عليها فإنه يمكن القول بأنه مات مصرا عليها، حيث إنه لم يرجع عنها قبل جنونه، يضاف إلى ذلك أن

[1] - شرح قانون الوصية للشيخ أبو زهرة ص ٢٧٥.

[2] - الوصية وأحكامها ص ١١٧ طبعة دار الهدى للطباعة.

هذا الشرط ليس ملزمـا فإنـه محـل اجتهـاد، وكـان ممكـن القـول بـأن الوصيـة الصادرة مـن الموصـى فـى حـال كونـه عـاقلا ثـم جـن بعـد ذلـك أن الوصيـة صحيحة سواء اتصل الجنون بالموت أو لم يتصل وسواء أكان مطبقا أم ـ لا.

٤- يمكن القول بأن المجنون يتصرف عنه ولى أو حاكم فيقـوم مقامـه فـى إمضـاء الوصية أو الرجوع فيها فلا داعى للقول ببطلان الوصية بسبب الجنون الطارئ بعد إنشاء الوصية.

المطلب الثانى

وصية السكران[1]

إن السكر قد يكون بمباح وقد يكون بمحرم، فالسكر الذى يحصل بمباح هو ما كان عن اضطرار أو بدون قصد، كأن يشرب شخص دواء مضطرا إليه أو يشرب خمرا دون أن يعلم أنه خمر، أو يأخذ مخدرا لإجراء عملية (بنج) فسكر بذلك.

والسكر الذى يحصل بمحرم هو ما كان عن قصد كأن تناول شخص مسكرا عالما بحرمته مختارا فى غير ضرورة إليه.

ففى الحالة الأولى :-

التى يتم فيها السكر بمباح : اتفق الفقهاء على بطلان وصيته، وذلك لأن السكران لا إدراك عنده ولا وعى، فهو كالنائم بل أشد حالا منه إذ النائم يتنبه بالتنبيه، أما السكران فلا يتنبه إلا بعد الإفاقة من السكر وهو معذور فى تناوله للمسكر وغير متعمد فينزل منزلة المخطئ[2].

[1] - والسكران هو الذى تناول مسكرا حتى صار يهذى ويخلط فى كلامه ولا يعنى بعد إفاقته ما كان منه حال سكره، وقيل إن السكر : غفلة سرور سببها امتلاء الدماغ من الأبخرة المتصاعدة يعطل العقل ولا يزيله.

راجع : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٩٤/٢، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٢٩٧/٣، مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول ٣٤٩. ولقد سبق أن تحدثت عن السكران فى كتابى أحكام الطلاق بالتفصيل، وهنا سوف أوجز القول فيه.

[2] - تبيين الحقائق ١٩٦/٢، الخرشى على مختصر خليل ١٦٨/٨، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٦//٤١٤، مغنى المحتاج ٩/٣، الإنصاف للمرداوى ١٧٨/٧، المغنى لابن قدامة ٥١٠/٨، المحلى لابن حزم ٢٤/٩.

ثم اختلف الفقهاء بع ذلك فى حكم وصية من سكر بمحرم على مذهبين :-

** فذهب الحنفية والشافعية وبعض الحنابلة إلى أن وصية السكران فى هذه الحالة صحيحة وجائزة[1].

** وذهب المالكية والإمامية والظاهرية والحنابلة فى المعتمد عندهم إلى أن وصية السكران فى هذه الحالة غير صحيحة بل باطلة[2].

الأدلـــــة

استدل القائلون بصحة وصية السكران بمحرم بالكتاب والأثر والمعقول :

أما الكتاب :-

فقول الله تبارك وتعالى : "يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون[3]".

وجه الدلالة من هذه الآية :-

أن الله تبارك وتعالى خاطب المؤمنين حال سكرهم بألا يقربوا الصلاة، وهذا يدل على أنهم مكلفون والمكلف تصح منه الوصية.

[1] - حاشية ابن عابدين ٦٥٥/٢، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤١/٦.

[2] - الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٢٢/٤، الخرشى على مختصر خليل ١٦٨/٨، كشاف القناع للبهوتى ٣٣٦/٤، الإنصاف للمرداوى ١٧٨/٧، المحلى لابن حزم ٢٤/٩، ومنهاج الطالحين للإمام الحكيم ١٤٦/٢.

[3] - سورة النساء آية رقم ٤٣.

ويناقش هذا من وجهين :-

الوجه الأول :-

بأن هذا الاستدلال غير مسلم، لأن الخطاب كان لهم حال صحوهم و لم يكن حال سكرهم، وذلك لأن الصاحى هو الذى يفهم مدلول الخطاب، يضاف إلى ذلك أن الآية منسوخة فلا يستدل بها.

الوجه الثاني :-

إن الإجماع منعقد على أن شرط التكليف العقل، ومن لا يعقل ما يقول فليس بمكلف، فبطل القول بتكليفه[١].

يضاف إلى ذلك أن الآية نزلت قبل تحريم الخمر[٢].

أما الأثر :-

فهو أن الصحابة الكرام رضوان الله عليهم أقاموا السكران مقام الصاحى فى كلامه، فقد روى أن عمر[٣] بن الخطاب استشار الناس فى حد الخمر، فقال عبد الرحمن[٤] بن عوف : اجعله كأخف الحدود ثمانين، فضرب عمر ثمانين،

[١] – حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ١٩٦/٢.

[٢] – انظر تفسير الفخر الرازى ١٠٧/١٠ طبعة دار الكتب العلمية طهران، تفسير الإمام الطبرى ٩٦/٥ طبعة محمد أمين بيروت لبنان.

[٣] – سبق تعريفه.

[٤] – هو عبد الرحمن بن عوف الزهرى، أبو محمد المدنى، شهد بدرا والمشاهد، وهو أحد العشرة، وهاجر الهجرتين، وأحد الستة، مات سنة ٣٢ اثنتين وثلاثين أو ثلاث وثلاثين هجرية. انظر خلاصة التذهيب ٢٣٢ ـ ٢٣٣.

وكتب به إلى خالد[1] وأبى عبيدة[2] بالشام، وروى أن عليا[3] رضى الله عنه قال فى المشورة : إنه إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فحدوه حد المفترى[4].

ويناقش هذا :-

بأن هذا الخبر قال فيه ابن حزم الظاهرى : إنه خبر مكذوب باطل متناقض، فإن فيه إيجاب الحد على من هذى، والهاذى لاحد[5] عليه.

أما المعقول :-

فهو أن السكران بمحرم عاص بفعله، فتكون عبارته فى هذه الحالة مقبولة زجرا له، فتصح وصيته كما يصح طلاقه.

ويناقش هذا :-

بأن قياس الوصية على الطلاق قياس مع الفارق فلا يصح، إذ أن طلاقه إنما أوقعه من أوقعه تغليظا عليه لارتكابه المعصية، فلا يتعدى هذا إلى وصيته، فإنه لا ضرر عليه فيها إنما الضرر على ورثته.

[1] – هو خالد بن الوليد بن المغيرة المخزومى، أبو سليمان، سيف الله تعالى، أسلم سنة ثمان، وشهد غزوة مؤتة، وكان الفتح على يديه، وعمل على اليمن فى أيامه صلى الله عليه وسلم، وولى قتال أهل الردة، وقتل مسيلمة الكذاب، وفتح كثيرا من بلاد الشام. توفى سنة ٢١ إحدى وعشرين هجرية. انظر خلاصة التذهيب ص ١٠٣، الفكر السامى ١/١٥٠.

[2] – هو عامر بن عبد الله الجراح الفهرى، أحد الصحابة السابقين، غزا غزوات مشهورة، فضائله جمة، توفى سنة ثمان عشرة هجرية. انظر الاستيعاب ٥/٢٩٣، الإصابة ٥/٢٨٥.

[3] – سبق تعريفه.

[4] – سنن الدار قطنى ٣/١٥٧، السنن الكبرى للبيهقى ٨/٣٢١.

[5] – المحلى لابن حزم ٩/٣٤، سبل السلام ٣/٢٤٤.

واستدل القائلون بأن وصية السكران بمحرم باطلة وغير صحيحة بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب :-

فقول الله تبارك وتعالى "يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون[1]".

وجه الدلالة من هذه الآية :-

أن قول الله عز وجل "حتى تعلموا ما تقولون" يدل على أن قول السكران غير معتبر، وذلك لأن السكران يقول مالا يعلم، لأنه غير فاهم لما يقول، والفهم شرط الخطاب، فلا تنعقد بكلامه هذا وصيته.

ويناقش هذا :-

بأن هذه الآية خارجة تماما عن محل النزاع فلا تنتج الدعوى، وذلك لأن النهى عن قربان الصلاة حال السكر ليس معناه أن السكران ليس مكلفا بالصلاة، ولكن هو مكلف بحسب الأصل، والسكر شئ عارض عليه، ولما كان السكران غالبا ما يهذى ويخلط الحق بالباطل ويجرى على لسانه مالا يضبطه من الكلام وجب أن تنزه الصلاة من أن يقربها[2].

[1] - سورة النساء آية رقم ٤٣.

[2] - الموافقات للإمام الشاطبى ٢٢٧/١ مطبعة الشرق الأدنى.

أما السنة :-

فما رواه البخارى ومسلم[1] من أن حمزة[2] عم النبى صلى الله عليه وسلم لما عقر بعيرى على[3] رضى الله عنه فجاء النبى صلى الله عليه وسلم فوقف عليه يلومه، فصعد فيه النظر وصوبه وهو سكران ثم قال : هل أنتم إلا عبيد لأبى فنكص النبى صلى الله عليه وسلم على عقبيه[4].

فلو كان السكران يؤاخذ بأقواله لأخذ النبى صلى الله عليه وسلم عمه حمزة[5] بهذه الكلمة، فدل ذلك على أن السكران لا يؤاخذ بكلامه الذى يتكلم به حال سكره.

ويناقش هذا :-

بأن النبى صلى الله عليه وسلم لعله لم يؤاخذ عمه حمزة إكراماً له وتوقيرا، لأنه ممن شهد بدرا، ألا ترى ما صنعه حاطب بن أبى[6] بلتعة بالمسلمين قبيل فتح مكة، ومع ذلك لم يعاقبه النبى صلى الله عليه وسلم.

[1] - سبق تعريفهما.

[2] - هو حمزة بن عبد المطلب عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، يقال له أسد الرحمن، وأسد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمه، وأخوه من الرضاعة، كنيته أبو عمارة، وقيل كنيته أبو يعلى، وكان أكبر من رسول الله صلى الله عليه وسلم بسنتين وقيل بأربع، وآخى رسول الله صلى اله عليه وسلم بينه وبين زيد بن حارثة، استشهد يوم أحد فى نصف شوال من السنة الثالثة من الهجرة، بعد أن قتل واحدا وثلاثين من الكفار، ودفن عند أحد، وقبره مشهور.

[3] - سبق تعريفه.

[4] - فتح البارى شرح صحيح البخارى ٣٨٨/٩، صحيح مسلم ١٣٢٣/٣.

[5] - سبق تعريفه.

أما المعقول :-

فهو أن السكر يجعل السكران لا يعرف السماء من الأرض، وهذا يدل على خطأ الرؤية لديه، واهتزاز الصورة عنده، ومعنى ذلك أن ما يراه ويوقعه قد يكون غير مقصود لديه، وإذا سلب قصده وجب سلب عبارته، سواء أكانت فى وصيته أم فى غيرها[١].

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى أن رأى القائلين ببطلان وصية السكران مطلقا، أى سواء كان السكر بمحرم أم بمباح أولى بالقبول لما ذكروه، يضاف إلى ذلك أن عبارة السكران ساقطة لاغية لانعدام إدراكه وستر عقله.

[٦] - هو حاطب بن أبى بلتعة بفتح الباء الموحدة والتاء المثناه فوق، شهد بدرا والحديبية، وشهد الله له بالإيمان، توفى حاطب سنة ثلاثين بالمدينة. وصلى عليه عثمان بن عفان رضى الله عنه وكان عمره خمسا وستين سنة.

انظر تهذيب الأسماء والصفات للإمام النووى ١٥١/١ طبعة دار الكتب العلمية.

[١] - الوصية وأحكامها للشيخ محمد جعفر ١٨٢.

المبحث الثالث

الرشـــــد[1]

اتفق الفقهاء على أن البالغ الرشيد تصح وصيته.

ثم اختلفوا بعد ذلك فى وصية السفيه[2] على مذهبين :-

[1] - الرشد فى اللغة :- رشد يرشد من باب قفل يقفل رشدا، والرشد هو الهداية إلى صواب الأمر، سواء كان ذلك الأمر دنيويا أو أخرويا.

والرشد فى الاصطلاح :- اختلف الفقهاء فى معنى الرشد على ثلاثة مذاهب،وسبب اختلافهم هذا هو فهمهم لقول الله عز وجل "وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم" سورة النساء آية ٦.

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والحنابلة والإمامية إلى أن الرشد هو حفظ المال وحسن التصرف فيه.

** وفذهب الشافعية إلى أن الرشد هو حفظ المال والتصرف فيه حسب المصلحة والصلاح فى الدين، أى أن يكون عدلا ممن تقبل شهادته.

** وذهب الظاهرية والزيدية إلى أن الرشد هو صلاح الدين دون المال.

ورأى الجمهور هو الأولى بالقبول، وذلك لأن الرشد إنما هو بالنسبة للمال فقط.

انظر المصباح المنير ص ٨٧، القاموس المحيط ٢٩٤/١ مادة رشد، حاشية ابن عابدين ١٥٠/٦، بلغة السالك لأقرب المسالك ٢٢/٢ طبعة الحلبى، كشاف القناع ٤٤٤/٣، الكافى لابن قدامة ١٩٤/٢، نهاية المحتاج للرملى ٣٦١/٤، الأم للإمام الشافعى ٢١٥/٣، اللمعة الدمشقية ٤١٧/١، المحلى لابن حزم الظاهرى ٣٣٠/٥، البحر الزخار ٩٢/٥.

[2] - السفه لغة ضد الحلم، وأصله الخفه والحركه، يقال تسفهت الرياح اضطربت، وتسفهت الريح الغصون حركتها واستخفتها، ومن معانى السفه أيضا الضعف، وقد يستعمل السفه بمعنى الجهل، انظر مختار الصحاح ص ٣٠٢ طبعة دار الكتاب العربى.

واصطلاحا :- هو خفة تبعث الإنسان على العمل فى ماله بخلاف مقتضى العقل مع عدم اختلاله، انظر التقرير والتحبير لابن الأمير ٢٠١/٢ طبعة المطبعة الأميرية ببولاق.

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والزيدية والشافعية فى المذهب والحنابلة فى المذهب والإمامية فى المشهور إلى صحة وصية السفيه[1].

** وذهب الظاهرية والشافعية فى غير المذهب والحنابلة فى رواية أخرى حكاها أبو الخطاب[2] وبعض الإمامية إلى عدم صحة وصية السفيه فوصيته باطلة[3].

الأدلـــــة

استدل القائلون بصحة وصية السفيه بما يأتى :-

١- إن عبارة السفيه صحيحة صادرة من أهلها ومضافة إلى محلها فينعقد العقد بها، بدليل قبول إقراره بالعقوبة ونفوذ الطلاق فى حقه.

٢- إن المعنى الذى ثبت بموجبه الحجر عليه وهو الخوف من إضاعة المال غير موجود فى الوصية، لأنه إن عاش فهو له، وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب، وقد تحقق له ذلك بالوصية.

[1] - نتائج الأفكار ٢٦٧/٩، حاشية ابن عابدين ١٤٧/٦، ولكن الحنفية والإمامية اشترطوا لصحة وصية السفيه أن تكون فى القرب ووجوه البر والمعروف.
مواهب الجليل ٣٦٤/٦، الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٢٢/٤، البحر الزخار ٨٩/٥، روضة الطالبين للإمام النووى ٩٣/٥، ٤٥٠/٨، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٣٦٦/٤، الإنصاف للمرداوى ١٨٥/٧، المغنى لابن قدامة ٥١٠/٨، العروة الوثقى ٣٥٠/٣.

[2] - هو أبو الخطاب محفوظ بن أحمد الكلوذاني البغدادى الفقيه، أحد أئمة الحنابلة، ولد فى ٤٣٢ هجرية ببغداد وتوفى بها سنة ٥١٠ هجرية ومن مؤلفاته التمهيد فى أصول الفقه.
انظر : طبقات الحنابلة ٢٥٨/٢، مختصر الطبقات ٤١٢/٤٠٩، الذيل على طبقات الحنابلة ١١٦/١،١٢٧ ، المنهج الأحمدى ١٩٨/٢، الأعلام ١٧٨/٦.

[3] - المحلى لابن حزم الظاهرى ٣٣٢/٩، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٩//٣، المغنى لابن قدامة ٥١٠/٨، الإنصاف للمرداوى ١٨٥/٧، العروة الوثقى ٥٣٠/٣، المهذب للشيرازى ٤٥٠/١، ٧/٢.

٣- إن السفيه قد تفوته بعض الطاعات والعبادات وهو مكلف بها فيتداركها عن طريق الوصية، فالوصية فيها نفع له، فوصيته جائزة استحسانا، والقياس ينفيها كما لو تبرع في حياته[1].

واستدل القائلون ببطلان وصية السفيه بقول الله تعالى : "ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا[2]".

وجه الدلالة من هذه الآية :-

إن هذه الآية الكريمة حثت على أمرين لا ثالث لهما وهما الرزق والكسوة فحسب، ومن ثم فإن النهى على إطلاقه يفيد تحريم إعطاء مال السفيه له حتى لا يتصرف فيه بتصرف مخل.

وكذلك للقائم على أمره أن يمنعه من الإيصاء، لأنه وإن لم يضر به حال حياته فقد يضر بورثته بعد وفاته.

وقد استدلوا بهذه الآية وبعمومات الحجر على تصرفات السفيه فى ماله على عدم جواز الوصية وإبطالها.

[1] - انظر هذه الأدلة فى نتائج الأفكار ٩/٣٦٧، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤/٤٢٢، المغنى لابن قدامة ٨/٥١٠.

[2] - سورة النساء آية رقم ٥.

ويناقش هذا من وجهين :-

الوجه الأول :-

أن سبب الحجر على السفيه هو الخوف من ضياع المال والتبذير فيه، والوصية لا تبذير فيها فقد حددها الشارع الحكيم بالثلث لمن حجر عليه ومن لم يحجر، وما زاد على ذلك فهو موقوف على إجازة الورثة، وفى الوصية مصلحة للسفيه، ولا ضرر فيها على الوارث، ولأن الحجر على السفيه إنما هو لحظ نفسه، فإن منعناه من الوصية انقلب الحجر عليه لحظ غيره وهو الوارث.

الوجه الثاني :-

أن أدلة الحجر وعموماته لما كانت ظاهرة فى الامتنان عليه كان عدم قبول وصيته مع تمحضها نفعا له خلاف الامتنان فلابد على هذا من القول بصحة وصيته.

وأحكام ذى الغفلة[1] هى نفس أحكام السفيه، واختلاف الفقهاء فيه كاختلافهم فى السفيه.

[1] – الغفلة لغة : غفل الشئ غفولا وغفلة أى سها عنه من قلة التحفظ والتيقظ، والغافل هو من لايدرى الخطاب ولا يفهمه كالساهى والنائم.
انظر المعجم الوسيط ٦٦٣/٢.

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى أن من قال بصحة وصية السفيه ومن فى حكمه هو الأولى بالقبول لما ذكروه، يضاف إلى ذلك أنه إذا عرض الحجر للسفه أو الغفلة بعد إنشاء الوصية فإنهما لايبطلانها ولو اتصل الحجر بالموت، لأن الحجر للسفه والغفلة لا يزيلان الأهلية ولا يمنعان الرجوع فى الوصية.

ولقد جاء فى القانون فى المادة الخامسة : أنه يشترط للموصى أن يكون أهلا للتبرع قانونا، على أنه إذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى[1].

ولكن بهذا التقييد الذى قيده القانون وهو استئذان المحكمة الحسبية قد يفوت على السفيه أو ذى الغفلة مصلحته فى الإيصاء إذا كان فى مرضه الأخير، أو فى سفر بعيد لذلك فإنه لا مبرر لهذا التقييد الذى اشتمل عليه القانون، ومن ثم فإن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فى هذه المسألة هو الأولى بالقبول.

ولكن القانون اتفق مع الفقهاء فى بقاء الوصية صحيحة فيما لو أنشأ الموصى وصيته وهو رشيد ثم عرض له الحجر لسفهه أو غفلته، فإنها تبقى صحيحة مالم يرجع عنها قبل وفاته، فقد جاء فى القانون المادة السادسة عشرة : لا تبطل الوصية بالحجر على الموصى للسفه أو الغفلة[2].

[1] - انظر شرح قانون الوصية ٢٧٤.

[2] - شرح قانون الوصية للشيخ أبو زهرة ٢٧٥ طبعة مصطفى البابى الحلبى.

المبحث الرابع

الإســــــلام

اتفق الفقهاء على أنه لا يشترط الإسلام فى الموصى فى الجملة[1]، بل تصح الوصية من غير المسلم سواء كان ذميا[2] أو مستأمنا[3] أو حربيا[4] فى الجملة، وذلك لأن المقصود من الوصية فى الأصل : أنها صلة يصل بها الموصى قريبا له أو عزيزا عليه أسدى إليه فى حياته معروفا أو قدم له جميلا ويريد أن يكافئه، أو أنها قربة يتقرب بها الإنسان إلى ربه سبحانه وتعالى.

من أجل هذه المعانى لا يشترط أن يكون الموصى مسلما، لكن إن صدرت من غير المسلمين فإنها تختلف أحكامها تبعا لاختلاف من يوصى بها.

وسوف أتناول ذلك بالتفصيل فى المطالب الأربعة الآتية :-

[1] - بدائع الصنائع١٠/٤٨٤٨، مواهب الجليل ٣٦٥/٦، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٤٠/٣، دقائق أولى النهى شرح المنتهى ٣١٤/٢، المغنى لابن قدامة ٥١٢/٨، البحر الزخار ٣٠٧/٥.

[2] - الذمى نسبة إلى الذمة وهى العهد، لأن نقضه يوجب الذم، وقد قيل للمعاهد من الكفار ذمى لأنه أومن على ماله ودمه بالجزية. وهو المقيم مع المسلمين إقامة دائمة ومتجنس بجنسيتها بحيث يصبح من رعاياها. راجع شرح الحدود لابن عرفة ١٤٣ طبعة المطبعة التونسية، التعريفات للجرجانى ص ٧٤ طبعة المطبعة المحمدية.

[3] - المستأمن هو الحربى الذى دخل دار الإسلام بأمان يبقى فيها مدة محددة. انظر : لغة الفقه للإمام النووى ٣٢٥.

[4] - الحربى ـ مفرد حريب وحرب، وهو مأخوذ من الحرب يقال حرب حربا أخذ جميع ماله واحرباه فهو حرب جمع حربى، والمقصود به هنا هو الكافر غير المعاهد ولا مستأمن لأنه بينه وبين المسلمين حرب. انظر مقاييس اللغة لابن فارس ٤٨/٢.

المطلب الأول

وصية الذمي

إن الذمى إما أن تكون وصاياه من قبيل الصلات أو من قبيل القربات.

فإن كانت وصاياه من قبيل الصلات الشخصية فإنها تكون كوصايا المسلم تماما، لأنهم التزموا بأحكام المسلمين فتطبق عليهم أحكام المسلمن فى معاملاتهم.

وعلى ذلك فإنه لا يجوز للذمى أن يوصى بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته، فإن فعل ذلك فإنه لا ينفذ إلا بعد إجازة ورثته.

ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالإرث إذ الكفر ملة واحدة[1]، ولو أوصى الذمى لحربى فى دار الحرب لا يجوز، لأن الإرث يمتنع، لتباين الدارين، والوصية أخته، أى أخت الميراث، أما إذا كان فى دار الإسلام جاز ذلك.

أما إن كانت وصاياه من قبيل القربات.

فإنها إما أن تكون قربة فى حقنا وحقهم، أو تكون قربة فى حقنا دونهم، أو تكون قربة فى حقهم دوننا، أو تكون غير قربة فى حقنا وحقهم.

[1] - بدائع الصنائع ٤٨٤٨/١٠، المغنى لابن قدامة ٥١٢/٨، أحكام الوصايا فى الفقه الإسلامى ص ١٧٤.

أولا :- إن كانت وصايا الذمى قربة فى حقنا وحقهم، كما لو أوصى بأن يسرج فى بيت المقدس من ماله بعد موته، فإن هذه الوصية جائزة، سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم، لأنه وصية بما هو قربة حقيقية وفى معتقدهم[1] أيضا.

ثانيا :- أما إن كانت قربة فى حقنا وليست قربة فى حقهم، كما إذا أوصى بأن يبنى مسجد للمسلمين فقد اختلف الفقهاء فى صحة هذه الوصية على مذهبين :-

** فذهب الحنفية إلى أن هذه الوصية باطلة إذا كانت لقوم غير معينين اعتبارا لاعتقادهم، فهذه الوصية معصية عندهم، أما إن كانت الوصية لقوم بأعيانهم فإنها تصح باعتبار التمليك، ولا يلزمهم أن ينفذوا ما أوصاهم به بل لهم أن يتشاوروا فيما بينهم فى صرف الوصية إلى أى شئ ينفعهم لأنها أصبحت ملكا لهم[2].

** وذهب المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى أن وصية الذمى فى هذه الحالة صحيحة لأن الموصى به قربة عند المسلمين[3].

[1] – بدائع الصنائع ٤٨٦٢/١٠، نتائج الأفكار ٤٩٢/١٠.

[2] – بدائع الصنائع ٤٨٦٢/١٠، تبيين الحقائق ٢٠٥/٦.

[3] – حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٣/٤، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٤٠/٣، تكملة المجموع للمطيعى ٥١/١٥ طبعة الإمام، المغنى لابن قدامة ٥١٢/٨، دقائق أولى النهى شرح المنتهى ٣١٤/٢، البحر الزخار ٣٠٧/٥.

وهذا الرأى هو أولى بـالقبول، وذلـك لأن المصلحـة الاجتماعيـة تقضـى بعدم رد مثل هذه الوصايا التى توثق الصلات وتقوى الروابط الاجتماعيـة، وفـى الوقت نفسه فإن الموصى به قربة فى الحقيقة والواقع.

ثالثا :- أما إذا كانت الوصية قربة عندهم وليـس بقربـة عندنـا، كالوصيـة ببنـاء كنيسة بعد موته أو بناء بيت نار أو أوصى بأن تذبح خنازيره ويطعم بهـا مساكين الذميين فهذه الوصية إما أن تكون لقوم ذميين أو لقوم مسلمين.

فإن كانت لقوم ذميين مثلهم فإنها تجوز فـى حـدود الثلـث، وذلـك لأن فيها معنى الاستخلاف والتمليك، وللذمى ولاية التمليك، فأمكن تصحيح إيصائه على اعتبار الاستخلاف والتمليك.

وأما إذا كانت الوصية لقوم غير ذميين وغير معينين[1] فإن الفقهاء اختلفـوا فى صحتها على مذهبين :-

** فذهب أبو حنيفـة[2] إلى القـول بصحـة هـذه الوصيـة[3]، لأن العـبرة بمعتقدهـم، فإنهم لو أوصوا بالحج لم يعتبر اتفاقا عند الأحناف، لأنه ليـس عبـادة عندهـم،

[1] - أما إذا كانت الوصية بهذه الأشياء لقوم معينين فإنها تجوز عند جميع الأحنـاف، لأنهـا تكـون تمليكـا لهم ولا يلزمهم جعلها كنيسة. انظر نتائج الأفكار ٤٩٣/١٠.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - حاشية ابن عابدين ٦٩٦/٦ - نتائج الأفكار ٤٩٣/١٠.

وإن كان عبادة عند المسلمين بلا خلاف، فإذا أوصوا بما في معتقدهم عبادة صح وإن كان عند المسلمين معصية لأنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون.

وهذا الخلاف إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى، فأما في المصر فلا يجوز بالاتفاق، لأنهم لا يمكنون من إحداث ذلك في الأمصار.

** وذهب جمهور الفقهاء ومنهم أبو يوسف[1] ومحمد[2] من الحنفية وأبو ثور[3] والشافعية والحنابلة إلى بطلان هذه الوصية[4]، وذلك لأن الموصى به معصية حقيقة وإن كان في معتقدهم قربة، والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية.

الرأي المختار :-

إنني أرى أن رأي جمهور الفقهاء أولى بالقبول حتى لا تنتشر المعاصي والمفاسد بين المسلمين، فلا تصح وصية الذمي للمسلم إلا بما تصح به وصية المسلم للمسلم، وعلى ذلك فإنه إذا أوصى للمسلم بخمر أو خنزير فلا يجوز، لأن المسلم ممنوع من تملكهما.

[1] - سبق تعريفه.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - هو أبو ثور إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، أحد الأئمة المجتهدين والفقهاء المحققين، كان أولا يتفقه بمذهب أهل الرأي حتى قدم الشافعي بغداد فاختلف إليه ورجع عن الرأي إلى الحديث، ولهذا عده بعضهم من أصحاب الشافعي توفي ببغداد سنة ٢٤٠ هجرية.
انظر طبقات الفقهاء ٩٢، الفكر السامي ١٣/٣، ١٤، الأبحاث السامية ٢٨٠.

[4] - تبيين الحقائق ٢٠٥/٦، قليوبي وعميرة ١٥٦/٣، المغني لابن قدامة ٥١٣/٨.

رابعا :- وأما إن كانت الوصية غير قربة فى حقنا وحقهم : كما إذا أوصى بشئ بعد موته للمغنيات أو الراقصات أو النائحات فإن هذا غير جائز اتفاقا لأنه معصية فى حقنا وحقهم، إلا أن تكون لقوم بأعيانهم فيصبح تمليكا واستخلافا.[1]

[1] – المراجع السابقة نفس الحائف.

المطلب الثانى

وصية المستأمن

إن الفقهاء قد أجازوا وصية المستأمن للمسلم أو المستأمن لمثله ولـو بلغـت الوصية جميع ماله إذا كان ورثته فى دار الحرب، لأن امتناع الوصيـة بمـا زاد عـن الثلث كان لحق الورثة وليس لورثته حق مرعى لأنهم فـى دار الحـرب، فـلا حـق لهم، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته فـلا يتعـداه إليهم، فإن كان ورثته معه توقفت الوصية على إجازتهم عما زاد عن الثلث.

فإذا كانت الوصية أقل من الثلث رد باقى ماله إلى ورثته، وذلك من حـق المستأمن، لأنه أهل للتمليك والتبرع، وكما يصح تبرعه فى حياته تصـح وصيتـه، ووصيته جائزة فى مجمل الأمر[1].

وقد جاء فى قانون الوصية المصرى فى الفقـرة الثانيـة مـن المـادة الثالثـة : وإذا كان الموصى غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية[2]، وعلى ذلك يكون حكم وصية المستأمن فى القـانون هـو نفس حكم وصية الذمى تصـح منـه للمسـلم وللذمـى وللمسـتأمن، فـإن أوصـى بأكثر من الثلث توقف نفاذ وصيته فى الزيادة على إجازة ورثتـه الموجوديـن فـى بلده الأصلى، إلا إذا كان قانون هذا البلد يمنع من التوارث فإنها تنفذ من غـير توقف على إجازة الورثة لانعدام حقهم فى المال.

[1] – البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٨/٢٥٠، حاشية ابن عابدين ٦/٦٩٧.

[2] – شرح قانون الوصية ٢٧٣.

المطلب الثالث

وصية الحربى

اتفق الأئمة الأربعة على جواز وصية الحربى للمسلم ما لم يوص له بما يحرم الانتفاع به كالخمر والخنزير[1]، وذلك لأن الحربى حر مميز مالك ملكا تاما، فيصح تصرفه لكونه صادراً من أهله مضافا إلى محله.

وكذلك اتفق الفقهاء الأربعة على جواز وصية الحربى لمثله أو للذمى إذا لم يوص بمحرم.

أما إذا أوصى بمحرم لكافر فقد اختلف الفقهاء فى جواز وصيته على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم أبو يوسف[2] ومحمد من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز ذلك، لأن الموصى به محرم حقيقة وإن كان عندهم لا يعتقدون حرمته.

** وذهب أبو حنيفة[3] إلى جواز ذلك، لأنهم يعتقدون عدم حرمته[4].

[1] - راجع تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٣/٦، مواهب الجليل ٣٦٥/٦، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٤٠/٣، المغنى لابن قدامة ٥١٢/٨.

[2] - سبق تعريفهما.

[3] - سبق تعريفه.

[4] - نفس المراجع السابقة.

ولكـن حكـم وصيتـه يتبـع مـا هـو معمـول بـه عندهـم كبـاقي تصرفاتـه الأخرى، لأننا لا ولاية لنا عليه، فإذا انتقـل إلينـا فإمـا أن يكـون مسـتأمنا فيـأخذ أحكام المسلمين، وبناء على ذلك فإنه إذا أسلم أهـل تلـك الـدار او صـاروا ذمـة وترافعوا إلينا بشأن تلك الوصية فإنا نطبق عليهم أحكام المسلمين، فـإن كـانت الوصية باقية بعينها أجزناها، وإن كـانت قـد تلفـت أو اسـتهلكت قبـل الإسـلام أبطلناها[1].

وقد جاء فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون ما نصـه "وإذا كـان الموصى غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة فى شريعته وفـى الشـريعة الإسلامية[2].

[1] – حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣٧٦/٤.

[2] – شرح قانون الوصية ٢٧٣.

المطلب الرابع

وصية المرتد[1]

إن القول بصحة وصية المرتد وعدمها موقوف على حكم تصرفه فى أمواله بعد ردته هل هى جائزة أم باطلة؟.

وقد اختلف الفقهاء فى حكم أمواله بعد ردته على أربعة مذاهب :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم أبو حنيفة[2] والمالكية والحنابلة فى المذهب والإمامية والشافعية فى قول[3] إلى أن ملك المرتد لأمواله موقوف حتى يستتاب ثلاثة أيام، فإن رجع إلى دينه الإسلام يحكم بعدم خروج أمواله عن ملكه، وإلا حكم بخروجها عن ملكه من حين ردته[4].

[1] – المرتد لغة : هو من يستبدل بالإسلام الكفر فيرجع عنه إلى غيره، والارتداد الرجوع.
انظر المصباح المنير ٨٦، القاموس المحيط ٢٩٤/١ مادة ردد.
وفى الاصطلاح :- هو من كفر بعد إسلامه ولو مميزا بنطق أو اعتقاد أو شك أو فعل، طائعا مختارا، ولو هازلا، سواء كان رجلا أو امرأة. انظر الأم للإمام الشافعى ٢٢٧/٤.

[2] – سبق تعريفه.

[3] – تبيين الحقائق ٢٨٥/٣، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٦/٤، وقد خالف سحنون جمهور المالكية حيث ذهب إلى أن ماله يخرج عن ملكه مطلقا حتى ولو تاب بعد ردته، مع قوله بوقف ذلك المال مدة الاستتابة، شرح منتهى الإرادات ٥٠٣/٢، مغنى المحتاج ٣٩/٣، نهاية المحتاج ٤٠/٦، اللمعة الدمشقية ٣٦٩/٢، ولكن الإمامية يقسمون المرتد إلى فطرى وملى، فالمرتد الفطرى عندهم هو الذى ارتد بعد أن ولد على الإسلام، أو هو من انعقدت نطفته حال إسلام أحد أبويه، والمرتد الملى ـ هو الذى أسلم عن كفر ثم كفر. انظر اللمعة الدمشقية ٣٦٨/٢.

[4] – وفى فترة الاستتابة يكون المرتد محجورا عن التصرف فيها، وقد قال صاحب التاج والإكليل :- إذا قتل المرتد على ردته بطلت وصاياه قبل الردة وبعدها. انظر التاج والإكليل مع مواهب الجليل ٣٦٨/٦.

** وذهب أبو يوسف[1] ومحمد والإمام أحمد[2] فى رواية والشافعية فى أحد الأقوال إلى القول بعدم خروج أمواله عن ملكه بردته، وإنما تخرج عنه بقتله أو موته مصرا عليها، وذلك لأن المرتد تصح منه جميع التصرفات المالية الأخرى كالبيع والشراء والرهن، يضاف إلى ذلك أن الوصية تعتمد الأهلية لها، والنفاذ يعتمد الملك، ولا خفاء فى وجود الأهلية لكونه مخاطباً بالإيمان، وكذا قتله فرع كونه مكلفا، وكذا ملكه باق، فصحت وصته، سواء كانت الوصية أثناء الردة أو قبلها[3].

** وذهب الشافعية فى أصح الأقوال عندهم إلى أن الوصية تخرج من ملكه، وذلك لأنه عصم بالإسلام دمه وماله، ثم ملك المسلمون دمه بالردة، فوجب أن يملكوا ماله بالردة وعلى هذا لا تصح وصيته[4].

** وذهب الظاهرية إلى أن ماله الذى قدر عليه بعد ردته وقبل موته يكون ملكا للمسلمين فلا تنفذ فيه وصاياه، وأما ماله الذى لم يقدر عليه حتى قتل فإنه يعد ملكا له فتنفذ فيه وصاياه وجميع تصرفاته، لأنه ماله[5].

[1] – سبق تعريفه.

[2] – سبق تعريفه.

[3] – انظر : المراجع السابقة، نفس الصحائف.

[4] – المهذب للشيرازى ٢/٢٢٣، مغنى المحتاج ٣/٣٩.

[5] – المحلى لابن حزم الظاهرى ١١/١٩٨.

أما وصية المرتدة :-

فإن حكمها حكم وصية المرتد تماما عند جمهور الفقهاء لأنهم يقولون : تستتاب فإن تابت وإلا قتلت كالرجل تماما.

وخالف الحنفية فقالوا : إن وصيتها صحيحة نافذة فى الحال، وذلك لبقاء ملكها بعد ردتها، لأنها عندهم لاتستحق القتل، بل تستتاب، فإن تابت خلى سبيلها وإلاحبست[1].

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بصحة وصيته، ولكن لا تنفذ بل توقف حتى نعلم ما سيؤول إليه أمره، فإن تاب نفذت وصيته وإلا بطلت هو الأولى بالقبول.

والقانون لم يذكر وصية المرتد بل حذف منها النص الخاص بها بدليل ما جاء فى المذكرة التفسيرية من أن صحة وصية المرتد ونفاذها ولو مات على ردته مذهب الصاحبين وهى كوصايا غير المرتدين تصح للمسلم وغير المسلم كما تصح أيضا للمرتدين وفقا لما يقتضيه مذهب الحنفية وأحمد[2].

[1] – تبيين الحقائق ٣٨٤/٤، نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ٤٩٥/١٠، الشرح الكبير للإمام الدردير ٢٠٤/٤، مغنى المحتاج ٣٩/٤، نهاية المحتاج ٤٠/٦.

[2] – الوصية وأحكامها ١٢٨.

المبحث الخامس

الاختيـــــار[1]

إن من شروط الموصى أن يكـون مختـارا، أى لـه الحريـة الكاملـة ويتمتـع بالإرادة التامة فى جميع تصرفاته، وبناء على هذا الشرط فقد اتفق الفقهاء على أن وصية المكره[2] لا تجوز، لأنها لم تكن برضاه واختياره[3].

واستدلوا على ذلك بما يأتي :-

١- قول الله تبارك وتعالى "من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان[4]"

وجه الدلالة من هذه الآية :-

أن الله سبحانه وتعالى بين فى هذه الآية أنه لا يعتد بكفر المكره الذى تلفظ بالكفر وقلبه مطمئن بالإيمان، فمن باب أولى ألا يعتد بعقوده وتبرعاته.

٢- ما رواه ابن ماجه[5] والبيهقى بسنديهما إلى ابن عباس[6] رضى الله عنهما قال:- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إن الله تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه[7]".

[1] - معنى الاختيار :- هو القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر. انظر : التلويح على التوضيح ١٩٦/٢ طبعة محمد صبيح وأولاده.

[2] - ولقد ذكرت فى كتابى أحكام الطلاق معنى الإكراه وأنواعه وشروطه فلا داعى لإعادتها هنا.

[3] - بدائع الصنائع ٤٨٤٨/١٠، الإقناع للمقدسى ٤/٤، البحر الزخار ١٠٠/٥، العروة الوثقى ٥٢٩/٣، روضة الطالبين ٥٩/٨.

[4] - سورة النحل آية رقم ١٠٦.

[5] - سبق تعريفهما.

وجه الدلالة من هذا الحديث :-

أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبر بأن الله تبارك وتعالى تجاوز عن المكره أى أجاز له صنع ما أكره عليه، وليس من المعقول أن يجيز له عند الإكراه التلفظ بما شاء ثم يلزمه بما تلفظ، فإذا ما أكره على التلفظ بالوصية فإنه لا يلزم بها.

٣- إن المكره لم يكن قاصدا لما يقول، إنما قصد دفع الأذى عن نفسه فلا تنعقد وصيته، كعدم انعقاد طلاقه.

[٦] - سبق تعريفه.

[٧] - سنن ابن ماجه ٦٥٩/١، سنن البيهقى ٣٥٧/٧، وحسنه الإمام النووى. انظر نيل الأوطار ٢٦٥/٦.

المبحث السادس

القصـــــــد

إن المراد بالقصد هنا هو أن يقصد الشخص بلفظه معناه الذى أراده منه.

وذلك لأن التعبير عن الإرادة له جهتان : جهة خارجة يعبر عنها بـاللفظ، وجهـة داخلية يعبر عنها بالقصد والنية.

وبناء على هذا فقد أبطل الفقهاء وصية الهازل والمخطئ[1] وذلك لما يأتى :-

١- ما رواه مسلم[2] بسنده إلى عمر بن الخطاب[3] رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :- "إنما الاعمال بالنيات وإنما لكل امرئ[4] مانوى".

وجه الدلالة من هذا الحديث :-

أن هذا الحديث يبين أن الأعمال مناطة بنياتها، والهـازل لا قصد لـه ولا نية فلا عمل له.

٢- ما رواه البيهقى[5] والحاكم[6] وابـن ماجـه[7] وغـيرهم بسـندهم إلى ابـن عبـاس[8] رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليـه وسـلم قـال : "إن الله تجـاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه[9]".

[1] - بدائع الصنائع ٤٨٤٨/١٠، الوصية للبرديسى ص ٤٤.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - سبق تعريفه.

[4] - صحيح مسلم ٤٨/٦ طبعة دار الفكر بيروت.

وجه الدلالة من هذا الحديث :-

أن الله عز وجل رفع عن هذه الأمة الخطأ أى المؤاخذة به، فدل ذلك على عدم الاعتداد بوصية المخطئ.

٣- إن الهازل لا عزم له، ومن لا عزم له لا يعتد بقوله، فلا يعتد بوصيته.

[٥] - سبق تعريفه.

[٦] - هو محمد بن عبد الله بن حمدويه بن نعيم الضبى، الشهير بالحاكم، ويعرف بابن البيع، أبو عبد الله، ولد فى نيسابور سنة ٣٢١ إحدى وعشرين وثلاثمائة هجرية، وكان من أكابر علماء الحديث وحفاظه، وصاحب المصنفات فيه، جال فى البلاد وأخذ على نحو ألفى شيخ، منهم نحو ألف بنيسابور وحدها، وصنف كتبا كثيرة جدا، بلغت أكثر من ألف وخمسمائة جزء، منها المستدرك المعروف، وتاريخ نيسابور، ومعرفة علوم الحديث، وغير ذلك، توفى بنيسابور سنة ٤٠٥ خمس وأربعمائة هجرية. انظر طبقات الحفاظ ٢٢٧/٣ ـ طبقات الشافعية ١٥٥،٤/١٦١.

[٧] - سبق تعريفه.

[٨] - سبق تعريفه.

[٩] - سنن البيهقى ٣٥٧/٧ ـ سنن ابن ماجه ٦٥٩/١، المستدرك ١٩٨/٢.

المبحث السابع

الحريـــــة

اشترط الفقهاء في الموصى أن يكون حرا، لأن الحرية صفة معنوية تعطى لصاحبها حق التصرف فى ماله بالبيع والشراء والهبة والوصيـة، وبنـاء علـى ذلـك فلم يجز جمهور الفقهاء وصية العبد، وذلك لأن العبد وما ملكت يداه لسيده، فلو أوصى العبد ثم أعتق وملك مـالا ثـم مـات لم تجـز وصيتـه، لوقوعهـا باطلـة مـن الابتداء[1].

وذهب الشافعية فى رواية مرجوحة إلى أن وصية العبد قبل عتقـه جـائزة، وذلك لأن عبارته صحيحة وقد أمكن العمل به[2].

أما إذا أضاف العبد الوصية إلى ما بعد العتـق، بـأن قـال : إذا أعتقـت ثـم مت فثلث مالى لفلان صحت وصيته هذه، وتعد مـن قبيـل الانعقـاد المعلـق علـى شرط.

ووصية العبد هنا تخالف وصيـة الصبـى، وذلـك لأن عبـارة الصبـى فيمـا يتضرر به ملحقة بالعدم، لنقصان عقله، فلم تصح عبارته من الأصـل بـل بطلـت، والباطل لا حكم له، بخلاف العبد[3].

[1] – بدائع الصنائع ٤٨٤٩/١٠، مواهب الجليل ٣٦٧/٦، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٩/٣، المغنى لابـن قدامة ٥١١/٨، المحلى لابن حزم ٣٣٢/٩.

[2] – مغنى المحتاج ٣٩/٣.

[3] – المغنى لابن قدامة ٥١١/٨.

كذلك المبعض[1] لا تجوز وصيته عند جمهور الفقهاء إلحاقا له بالعبد القن.

ولقد ذهب الأوزاعى[2] إلى صحة وصيته، وذلك لأنه يورث عنه، فكأن الأوزاعى ربط صحة الوصية بملكيته لبعض المال ولبعض الحرية فورث المال عنه، فجعل الوصية أخت الميراث[3].

أما وصية المكاتب :- فتجوز باتفاق الفقهاء إذا أضيفت إلى ما يملكه بعد العتق، بأن قال : إذا أعتقت فثلث مالى وصية لفلان، ثم مات كان للموصى له ثلث ماله.

أما إذا لم يضف وصيته إلى ما يملكه بعد العتق فإن الفقهاء قالوا بعدم جواز وصيته إن كانت الوصية بعين من أعيان ماله، لأنه لا ملك له حقيقة بل كل ما تملكه يداه لسيده.

[1] - وهو الذى عتق بعضه وبقى بعضه رقيقا.

[2] - هو الفقيه عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد الأوزاعى، من قبيلة الأوزاع، أبو عمرو، إمام الديار الشامية فى الفقه والزهد والحديث، ولد قبل سنة ٨٨ ثمان وثمانين هجرية فى بعلبك، ونشأ فى البقاع، وسكن بيروت، وتوفى رحمه الله تعالى بها، وهو أحد الأئمة المجتهدين، وأصحاب المذاهب المتبوعة، وقد عمل بمذهبه دهرا فى الشام وأفريقيا والأندلس إلى أن ترك بمذهب الإمام مالك، توفى رحمه الله تعالى سنة ١٥٧ سبع وخمسين ومائة هجرية.

انظر طبقات الحفاظ ١/١٦٨، العبر ١/٢٢٧، سير الأعلام ٧/١٠٧، وفيات الأعيان ٢/٣٩١.

[3] - بدائع الصنائع ١٠/٤٨٤٩، مغنى المحتاج ٣/٣٩.

أما إذا كانت وصيته بغير عين من أعيان ماله ثم عتق فالوصية باطلة عند أبى حنيفة[1] وصحيحة عند الصاحبين، وهذا بناء على أن ملك المكاتب نوعان : ملك حقيقى وهو ما بعد العتق، ومجازى وهو ما قبل العتق[2].

[1] - سبق تعريفه.

[2] - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٦/٦، بدائع الصنائع ٤٨٤٩/١٠، المغنى لابن قدامة ٥١١/٨.

المبحث الثامن

الغنـــــى

اتفق الفقهاء على أن وصية الغنى صحيحة نافذة.

ثم اختلفوا بعد ذلك فى حكم وصية المدين الذى استغرق الدين جميع ماله، ووصية الفقير.

وسوف أتناول ذلك فى مطلبين :

المطلب الأول

وصية المدين

اشترط الفقهاء لصحة نفاذ الوصية ألا يكون الموصى مدينـا دينـاً مستغرقا لجميع تركته، وعلى ذلك فإن وصية المدين منعقدة صحيحة لكنها غير نافذة، لأنها موقوفة على إذن الغرمــاء فـلا تنفـذ إلا بـإذن الغرمـاء حتـى ولـو كـانت الوصيـة واجبة، كأن أوصى فيها بحق من حقوق ا لله تعالى، هذا باتفاق الفقهــاء[1]، وذلـك لما يأتى :-

١- قول ا لله تعالى "من بعد وصية يوصى بها أو ديـن"[2] والـترتيب فـى الذكـر لا يوجب الترتيب فى الحكم، وذلك لما روى عن على[3] رضى ا لله عنه أنه قال : "إنكم تقرءون الوصية قبل الدين، وإن رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم قضـى

[1] - بدائع الصنائع ٤٨٤٩/١٠، تبيين الحقائق ٣٣٥/٧، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٠٩/٤، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٩/٣، الأم للإمام الشافعى ١٠٦/٤، كشاف القناع للبهوتى ٣٥١/٤.

[2] - سورة النساء آية رقم ١١.

[3] - سبق تعريفه.

بالدين قبل الوصية، ولأن حق الغرماء فى التنفيذ مقدم على الوصية لأنه حق عبد، وحق العبد مقدم على حق الله عز وجل إذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله تعالى[1].

وقد قيل لابن عباس[2] رضى الله عنهما :- إنك تأمر بالعمرة قبل الحج وقد بدأ الله تعالى بالحج فقال : "وأتموا الحج والعمرة لله"[3] فقال كيف تقرءون آية الدين ؟ فقالوا "من بعد وصية يوصى بها أو دين"، فقال بماذا يبدأ ؟ فقالوا بالدين، قال ـ هو كذلك.

٢- ما رواه مالك[4] فى الموطأ "أن رجلا أعتق عبدا فى مرضه وعليه دين فاستسعاه[5] رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قيمته"[6] وإنما فعل ذلك لأنه قدم الدين على الوصية.

٣- إن قضاء الدين من أصول حوائجه، فإنه يفك به رهانه يوم القيامة، وتنفيذ الوصية ليس من أصول حوائجه.

٤- إن قضاء الدين مستحق عليه بخلاف الوصية فإنه متبرع بها، فقضاء الدين واجب والوصية مستحبة.

[1] - المبسوط للسرخسى ١٣٧/٢٩، نتائج الأفكار ٤٣٠/١٠.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - سورة البقرة آية رقم ١٩٦.

[4] - سبق تعريفه.

[5] - المراد بذلك أن العبد يستمر فى حصة الذى لم يعتق فيسعى فى خدمته بقدر ماله.فتح البارى ١٥٩/٥.

[6] - تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ٥/٣.

وقد جاء فى القانون فى المادة الثامنة والثلاثين : أنــه تصـح وصيـة المديـن المستغرق ماله بالدين ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه، فإن برئت ذمتـه مـن بعضـه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية فى الباقى بعـد وفـاء الديـن، وفـى المـادة التاسعة والثلاثين جاء قوله : إذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى به كان للموصى له أن يرجـع بقـدر الديـن الـذى اسـتوفى فـى ثلـث الباقى من التركه بعد وفاء الدين[1].

[1] - شرح قانون الوصة ص ٢٨٠.

المطلب الثانى

وصية الفقير

اتفق الفقهاء على أن وصية الفقير الذى له ورثة[1] صحيحة منعقدة نافذة.ثم اختلفوا بعد ذلك فى حكمها :

** فذهب جمهورالفقهاء إلى القول بعدم استحبابها[2].

** وذهب الشافعية إلى استحباب الوصية فى قليل المال وكثيره، إلا أنه إن ترك ورثته أغنياء استحب له أن يستوعب الثلث، وإذا لم يدعهم أغنياء كره له أن يستوعب الثلث[3].

الأدلة

استدل القائلون بصحة وصية الفقير الذى له ورثة مع الكراهة بالكتاب والسنة والآثار والمعقول.

[1] - وتجوز الوصية بالكل، أى بكل المال لمن لا وارث له، لأن المنع فيما زاد على الثلث لحق الورثة، فإذا عدموا زال المانع

انظر : الروض المربع شرح زاد المستقنع ٢/٢٤٥.

[2] - بدائع الصنائع ١٠/٤٨٤٠، جواهر الإكليل ٢/٣٢٠، الإنصاف للمرداوى ٧/١٩١، الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٢/٢٦٠، قال : واختار جماعة لمن ماله قليل وله ورثة ترك الوصية، وروى ذلك عن على وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم قال السرخسى رحمه الله : إن من قل ماله وكثر عياله يستحب له أن لا يفوته عليهم بالوصية، وقال الزهرى : الوصية واجبة فى قليل المال وكثيره. انظر : جامع البيان للإمام الطبرى ٣/٤٩٤ طبعة دار المعارف المصرية.

[3] - الأم للإمام الشافعى ٤/١٠٦، تكملة المجموع للمطيعى ١٥/٣٨.

أما الكتاب :-

فقوله تعالى في الوصية "إن ترك خيرا[1]".

والخير هنا المراد به المال الكثير عرفا، أو المال المتوسط، أما من ترك مالا قليلا فإن صاحبه يعد فقيرا فلا تستحب في حقه الوصية.

أما السنة :-

فما رواه البخارى[2] ومسلم بسنديهما إلى سعد بن أبى وقاص[3] أنه قال:- جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى، فقلت يا رسول الله، إنى قد بلغ بى من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثنى إلا ابنة لى، أفاتصدق بثلثى مالى؟ فقال : "لا"، قلت : فالشطر يا رسول الله؟ قال : "لا"، قلت فالثلث" قال : "الثلث، والثلث كثير أو كبير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس[4]".

وجه الدلالة من هذا الحديث :-

أن النبى صلى الله عليه وسلم استكثر منه الثلث مع أنه أخبره بكثرة ماله وقلة عياله، فمن باب أولى أن قليل المال ذا العيال لاتستحب فى حقه الوصية حتى لا يتركهم فقراء يسألون الناس.

[1] - سورة البقرة آية رقم ١٨٠.

[2] - سبق تعريفهم.

[3] - سبق تعريفه.

[4] - فتح البارى شرح صحيح البخارى ٣٥٨/٥، صحيح مسلم ٧٢/٥.

وأما الآثار : فكثيرة منها :-

١- ما رواه الإمام الطبرى[١] بسنده إلى عروة[٢] أن على بن أبى طالب[٣] رضى الله عنه دخل على ابن عم له يعوده فقال إنى أريد أن أوصى فقال على رضى الله عنه لا توص فإنك لم تترك خيرا فتوصى، قال : وكان قد ترك من السبعمئة إلى التسعمئة[٤].

٢- ما رواه الدارمى[٥] بسنده إلى هشام[٦] عن أبيه قال دخل على بن أبى طالب رضى الله عنه على رجل من قومه يعوده فقال أوصى؟ـ قال : لا لم تدع

[١] - سبق تعريفه.

[٢] - هو عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن العزى بن قصى القرشى الأسدى المدنى التابعى الجليل، فقيه المدينة أحد الفقهاء السبعة، وأمه أسماء بنت أبى بكر، وخالته عائشة قال ابن سعد كان ثقة كثير الحديث فقيها عالما مأمونا ثبتا، ومناقبه كثيرة مشهورة، وهو مجمع على جلالته وعلو مرتبته، توفى رحمه الله سنة أربع وتسعين هجرية.

انظر تهذيب الأسماء واللغات ١/٣٢٢.

[٣] - سبق تعريفه.

[٤] - جامع البيان فى تأويل آى القرآن للإمام الطبرى ٣/٣٩٤.

[٥] - هو عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام السمرقندى، أبو محمد الدارمى الحافظ، صاحب المسند، ثقة فاضل، مات سنة خمس وخمسين ومائتين هجرية وله أربع وسبعون سنة. انظر تقريب التهذيب ٣٤٣٤/٣١١.

[٦] - هو أبو المنذر هشام بن عروة بن الزبير بن العوام القرشى الأسدى المدنى، وهو تابعى، رأى عبد الله بن عمر بن الخطاب، ومسح رأسه ودعا له، وجابر بن عبد الله وسهل بن سعد وأنس بن مالك، وسمع عمه عبد الله بن الزبير، وأباه عروة، وخلائق من أئمة التابعين، وأخذ عنه زهير بن معاوية والضحاك بن عثمان والحمادان، وغير هؤلاء، وتوفى ببغداد سنة ست وأربعين ومئة هجرية. انظر تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٣٧.

مالا، فدع مالك لولـدك[1]، وقـد روى مثـل ذلـك عـن عائشـة[2] وابـن عبـاس[3] وطاووس[4] وغيرهم.

٣- قال الشعبى رضى الله عنه : ما من مال أعظم أجرا مـن مـال يتركـه الرجـل لولده يغنيهم به عن الناس[5].

أما المعقول :-

فهو أن ترك الوصية أفضل إذا كانت الورثة فقراء لا يسـتغنون بمـا يرثـون منه، لما فيه من الصلة والصدقة على القريب والدليل على ذلك : قول النبى صلـى الله عليه وسلم : "أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح[6]".

واستدل القائلون باستحباب الوصيـة فـى القليـل والكثـير بـأن قليـل المـال وكثيره يقع عليه اسم الخير، وأن الله لم يحدد بذلك حدا ولا خص منه شيئا.

ويناقش هذا من وجهين :-

[1] - سنن الدارمى ٤٠٥/٢، المغنى لابن قدامة ٣٩٢/٨.

[2] - سبق تعريفها.

[3] - سبق تعريفه.

[4] - هو طاووس بن كيسان اليمانى، أبو عبد الرحمن، قال ابن عبـاس : إنـى لأظـن طاووسـاً مـن أهـل الجنة، وعن ابن معين : ثقة، وكذا قال أبو زرعة وقال ابن حبان : كان مـن عبـاد أهـل اليمـن ومـن سادات التابعين، مات سنة إحدى ومائـة هجريـة، وقيـل ١٠٦ سـت ومائـة هجريـة. انظـر تهذيـب التهذيب ٩،٨/٥.

[5] - كشاف القناع ٣٣٩/٤، المغنى لابن قدامة ٣٩٣/٨.

[6] - الكاشح هو مضمر العداوة، نصب الراية لأحاديث الهدايـة ٤٠٥/٤، طبعـة دار المـأمون بالقـاهرة ـ والحديث أخرجه الإمام أحمد فى مسنده عن أبى أيوب الأنصارى، ٤١٦/٥.

الوجه الأول :-

أن هذا قياس فى مقابل نص فلا يصح، وقد سبقت النصوص والآثار فى أدلة الجمهور.

الوجه الثاني :-

من المعلوم فى العادة أن من ترك درهما لا يقال له إنه قد ترك خيرا، فلما كانت هذه التسمية موقوفة على العادة، وكان طريق التقدير فيها على الاجتهاد، وغالب الرأى مع العلم بأن القدر اليسير لا تلحقه هذه التسمية، وأن الكثير تلحقه، كان طريق الفصل فيها هو الاجتهاد وغالب الرأى.

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بأن الوصية من الفقير الذى له وارث صحيحة مع الكراهة أولى بالقبول، وذلك لما ذكروه من أدلة ورد دليل المخالف.

الفصل الثالث

الموصى له وشروطه

الموصى له هو كل من يتصور منه الملك، سواء كان بنفسه أو بنائبه، وهو الذى صدرت الوصية لصالحه، ولقد اشترط الفقهاء فيه شروطا لابد من توافرها، وسوف أتناولها بالتفصيل فى المباحث الثمانية الآتية :

المبحث الأول

وجود الموصى[1] له

اختلف الفقهاء فى هذا الشرط على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية إلى القول بلزوم وجود الموصى له عند الوصية[2]، وذلك لأن الوصية لما كانت تمليكا احتاجت إلى وجود مملك يضاف إليه العقد، والتمليك للمعدوم غير صحيح، يضاف إلى ذلك أن الوصية جرت مجرى الميراث، والميراث لا يثبت إلا لمن كان موجودا عند وفاة الموصى.

وبناء على ذلك أبطلوا الوصية للمعدوم.

[1] - أى وجوده عند الوصية، أو عند موت الموصى، مسألة خلافية سيأتى تفصيلها عند الفقهاء.

[2] - حاشية ابن عابدين ٥/٥٦٩، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣/٤٠،٤١ ، المغنى لابن قدامة ٨/٤١٣، الإقناع للحجاوى المقدسى ٣/٥٦، البحر الزخار ٥/٣٠٥، المحلى لابن حزم الظاهرى ٩/٣٢٢، المختصر النافع ١٦٣.

والمقصود بالمعدوم فى هذا المقام الذى لم يكن موجودا أثناء الوصية، ولكن يمكن وجوده فى المستقبل، وسواء وجد الموصى له الذى كان معدوما عند وفاة الموصى أم لم يوجد عندها[1].

** وذهب المالكية والإباضية إلى القول بعدم اشتراط وجود الموصى له عند الوصية[2]، بل تصح الوصية لمن يصح تملكه فى الوقت الذى عينه الموصى. وقد قاسوا ذلك على ملك البطون اللاحقة فى الوقت مع عدم وجودها فى الزمن الأول، وهذا جائز فكذلك الوصية للمعدوم.

وأيضا قاسوا صحة الوصية للمعدوم على صحة الوصية بالمنافع مع أن المنافع تحدث شيئا فشيئا.

ويناقش هذا :-

بأن هذا قياس مع الفارق فلا يصح، وذلك لأن الوقف يكون جزء السبب الناقل للملك إلى المعدوم بعد فرض تحققه ووجوده فى الخارج، وعلى ذلك يكون وجود الموقوف عليه الجزء الآخر لذلك السبب، بخلاف الوصية للمعدوم، كما أن الوقف يراد للدوام فكان من ضرورته إثباته للمعدوم.

كذلك قياسهم ذلك على صحة الوصية بالمنافع قياس مع الفارق، لأن فى المنفعة حيثيتين:-

[1] - هذا عند جمهور الفقهاء القائلين بوجود الموصى له عند الوصية، وعند الحنفية فى ظاهر الرواية يعتبر الوجود من وقت موت الموصى وليس من وقت عقد الوصية. انظر بدائع الصنائع ٤٨٥٠/١٠.

[2] - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٣/٤، شرح الزرقانى على مختصر خليل ١٧٦/٨، الشرح الكبير ٤٢٣/٤، الإيضاح ٩٢/٤، شرح النيل ٢١٣/٦.

حيثية الاستيفاء وحيثية قيامها بالعين ذات المنفعة.

وهذا بخلاف الوصية للمعدوم.

وقد أخذ القانون بمذهب المالكية، فأجاز الوصية للمعدوم، سواء كانت له وحده أو مع موجود محصور[1].

ويفرع الفقهاء على هذا المبحث المطالب الآتية :-

المطلب الأول

الوصية للحمل

اتفق الفقهاء على صحة الوصية للحمل، وذلك لأن الجنين يصلح أن يكون خليفة عن الميت فى الإرث فكذلك يصلح أن يكون خليفة له فى الوصية، إذ هى أخت الميراث، غير أنها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك الاختيارى بخلاف الميراث، لأن التمليك فيه إجبارى[2].

ولكنهم اختلفوا فى الشروط التى اشترطوها فى الحمل، وسوف أذكر كل شرط وما ورد فيه من الخلاف على النحو التالى :-

أولا :- أن يكون الحمل موجودا حال الوصية.

وهذا الشرط قد اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة مذاهب :-

[1] - شرح قانون الوصية ص ٢٧٨.

[2] - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٦/٦، مواهب الجليل للحطاب ٣٧٤/٢، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٤٣/٣، المغنى لابن قدامة ٤٥٥/٨، البحر الزخار ٣٠٩/٥، المحلى لابن حزم ٣٢٢/٩.

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الطحاوى[1] من الحنفية والشافعية والحنابلة والإمامية والزيدية إلى أن الحمل لابد أن يكون موجودا حال الوصية وإلا بطلت الوصية[2]، وذلك لأن الوصية تمليك فتحتاج إلى متملك.

** وذهب المالكية والإباضية إلى عدم اشتراط هذا الشرط بل أجازوا الوصية للحمل المعدوم، وعلى ذلك لو أوصى لما ستحمله هذه المرأة فى المستقبل، أو لمن يولد من أبناء فلان الذى لم يتزوج صح ذلك[3].

** وذهب الأحناف فى ظاهر الرواية إلى أنه يشترط وجود الحمل عند موت الموصى، وليس من وقت عقد الوصية[4]، وكأنهم جعلوا الموت هو السبب الحقيقى فى تنفيذ الوصية، لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت.

[1] - سبق تعريفه.

[2] - بدائع الصنائع ٤٨٥٠/١٠، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٤٠/٣، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ١٣/٢، المغنى لابن قدامة ٤٥٥/٨، البحر الزخار ٣٠٩/٥، رياض المسائل فى تحقيق الأحكام بالدلائل ١٩/٢.

[3] - الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٢٣/٤، شرح النيل ٢١٣/٦.

[4] - تبيين الحقائق ١٨٦/٦، بدائع الصنائع ٤٨٥٠/١٠.

وقد قالوا : إن تحقق وجود الحمل فى هذا الوقت يكون فى حالتين :-

الأولى :- أن تكون الزوجة فى عصمة زوجها حقيقة أو حكما، بأن كانت معتدة من طلاق رجعى، ففى هذه الحالة إن لم يقر الموصى بأنها حامل فإنه ينبغى عليها حينئذ أن تجئ به أمه لأقل من ستة أشهر من وفاة الموصى أو من وقت الوصية على الخلاف الذى بين الفقهاء الأحناف، لأنه لو ولد الحمل لستة أشهر أو أكثر احتمل وجوده وعدمه فلا تصح الوصية.

فإذا ولدته لأقل من ستة أشهر تيقنا وجوده عند وجود الوصية، إذ المرأة لا تلد لأقل من ذلك.

فإن أقر الموصى بأنها حامل ثبتت الوصية له إن وضعته ما بين سنتين أو أربعة على خلاف بين الفقهاء من وقت الوصية أو من وقت الوفاة كما علمنا.

وثمرة الخلاف :-

بين جمهور الفقهاء والحنفية تظهر فيما لو أوصى للحمل بوصية قبل أن يموت الموصى بشهرين، ثم مات، فجاءت بالحمل بعد ستة أشهر من تاريخ موته، فعند جمهور الفقهاء لا يستحق الحمل الوصية لعدم وجوده عند الوصية، لأنه لو أضيف الشهران إلى الستة لصارت المدة ثمانية أشهر، ويستحق الوصية عند الأحناف فى ظاهر الرواية لأنه كان موجودا عند موت الموصى.

ثانيا :- أن ينفصل الحمل حيا

لقد اشترط جمهور الفقهاء لاستحقاق الحمل للشئ الموصى به أن ينفصل حيا، أى يولد حيا حياة مستقرة، وتعرف حياته باستهلاله صارخا، أو ما يقوم مقام الاستهلال كرضعه أو تحركه، وما شابه ذلك، غير أن الأحناف خالفوا الفقهاء وقالوا : أيضا تثبت له الوصية إن انفصل أكثره حيا وإن مات قبل أن ينفصل إعطاء للأكثر حكم الكل[1].

الثانية :- إذا كانت الحامل معتدة حين الوصية من طلاق بائن أو متوفى عنها زوجها فإنه يشترط لصحة الوصية للحمل أن تأتى به لأقل من سنتين أو لأقل من أربع على خلاف بين الفقهاء فى آخر وقت لثبوت الحمل من وقت الطلاق أو الموت، فإن أتت به للستة أشهر فصاعدا من وقت الوصية يثبت وجوده.

انظر بدائع الصنائع ٤٨٥٠/١٠.

وسوف يأتى ذلك مفصلا عند الفقهاء.

[1] - المبسوط للسرخسى ٨٦/٢٨، حاشية ابن عابدين ٦٥٣/٦، نهاية المحتاج ٥٠/٦، الإقناع للحجاوى ٥٨/٣.

وهذه الأشياء أمارة على حياة الجنين، فلا دخل لها فى صحة الوصيـة وإن كان استحقاق الموصى به متوقفا عليها[1].

ولقد قال بعض المالكية : إن هذه الإمـارات والعلامـات التـى تـدل علـى حياته هى شرط لصحة الوصية[2].

[1] - الوصية وأحكامها لمحمد جعفر ص ٣٢٢.

[2] - الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٢٣/٤.

وقد قال الفقهاء فيما لو أوصى شخص لحمل امرأة، ولم يبن إن كان ذكرا أو أنثى فولـدت ذكـرا وأنثى فإن الوصية لهما بالسوية، لأن ذلك عطية وهبة، فأشبه ما لو وهبهما شيئا بعد ولادتهما.

ولو قال إن كان حملها أو ما فى بطنها غلاما فله ديناران، وإن كانت جاريـة فلهـا دينـار فولـدت أحدهما منفرداً فله وصيته، وإن ولدت غلاماً وجارية فلا شئ لهما، لأنـه أحدهمـا ليـس هـو جميـع الحمل ولا كل ما فى البطن.

ولو قال إن كان ما فى بطن فلانة جارية فلها وصية ألف وإن كان ما فى بطنهـا غـلام فلـه وصيـة ألفان فولدت جارية لستة أشهر إلا يوما وولدت غلاما بعد ذلك بيومين فلهما جميـع الوصيـة، لأنـه أوصى لهما جميعا لكن لأحدهما بألف وللآخر بألفين، وقد علم كونهما فى البطن، أما الجارية فـلا شك فيها، لأنها ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى، فعلم أنها كانت موجـودة فـى البطن فى ذلك الوقت، وكذا الغلام لأنه لما ولد لأكثر من ستة أشهر بيوم أو يومين علـم أنـه كـان فى البطن مع الجارية لأنهما توأم، لأنهما علقا من ماء واحد.

انظر المغنى لابن قدامة ٤٥٧/٨، بدائع الصنائع ٤٨٥٠/١٠.

وقد جاء فى المادة الخامسة والثلاثين من القانون : تصح الوصية للحمل فى الأحوال الآتية :-

١- إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية، وولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية.

٢- إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حيا لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوصية، ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت الموت أو الفرقة البائنة.

ولقد قال فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله : وإنما جعل القانون المصرى أقصى مدة لثبوت الحمل هى خمسا وستين وثلاثمائة يوما، أى سنة شمسية، لأن الأطباء قرروا أن الحمل لا يمكن أن يستقر فى بطن أمه أكثر من هذه المدة، وأن ذلك يتفق مع رأى محمد بن عبد الحكم[1] من فقهاء المالكية، فإنه جعل

[1] - هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، انتهت إليه الرئاسة بمصر، ولد رحمه الله سنة اثنتين وثمانين ومائة هجرية له مؤلفات منها أحكام القرآن وكتاب الشروط والوثائق وغير ذلك، توفى رحمه الله سنة ثمان وستين ومائتين هجرية.

انظر شجرة النور الزكية فى طبقات المالكية ص ٦٧ طبعة دار الكتاب العربى بيروت.

أقصى مدة الحمل سنة، وكذلك رأى بعض الحنابلة، غير أن السنة تحتسب عند هؤلاء بالسنة الهلالية[1].

وبذلك يكون القانون قد خالف المذاهب الأربعة.

ولقد أخذ القانون بمذهب المالكية والشافعية والحنابلة عندما اشترط لصحة الوصية للحمل أن يوجد كله حيا حياة مستقرة أى متيقنة غير مشكوك فيها، فإن ولد ميتا ولو بجناية على أمه أو كانت ولادته غير مستقرة فإنه لا يستحق الموصى به، ويكون لورثة الموصى، كما أن القانون اشترط لصحة الوصية للحمل فيما إذا كان معينا مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين، وتوقف عين الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حيا وحينئذ تكون له[2].

[1] – وهذا مخالف لرأى جمهور الفقهاء القائلين بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وذلك لقول الله عز وجل "ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله فى عامين" سورة لقمان آية رقم ١٤. مع قوله تعالى "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا" سورة الأحقاف آية رقم ١٥. وإذا كان مدة فصاله سنتين، فتكون مدة حمله ستة أشهر.

وأكثر مدة حمله : اختلف الفقهاء فيها، فالأحناف قدروها بسنتين، وجمهور الفقهاء ومنهم الحنابلة والشافعية والمالكية فى المشهور قدروها بأربع سنين.

وقال الليث بن سعد : أكثر الحمل ثلاث سنين، وقيل غير ذلك، وهذا كله يخالف القانون.

انظر : المغنى لابن قدامة ١٢١/٨.

[2] – شرح قانون الوصية للشيخ أبو زهرة ٥٨، ٨٧، ٨٩.

المطلب الثانى

الوصية للميت

اختلف الفقهاء فى جواز الوصية للميت على مذهبين :

١. فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة ومحمد بن عبد الحكم[١] من المالكية إلى بطلان الوصية للميت[٢]، وذلك لأنه ليس أهلا للقبول.

٢. وذهب المالكية إلى أن الوصية للميت تصح إن علم الموصى بموته وقت الوصية، وتصرف لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه، لأن الغرض نفع الميت بها، فإن لم يكن له وارث وليس عليه ديون ولا وصايا فإن الوصية تبطل فى هذه الحالة، وكذلك تبطل الوصية إذا كان الموصى لا يعلم بموت الموصى له وقت الوصية[٣].

والمالكية حين يتجهون إلى تصحيح الوصية للميت بهذه الشروط فإنما يقصدون من وراء ذلك المصلحة، فهم لا يتمسكون بالقواعد إن عارضت المقاصد والمصالح.

وقد أخذ قانون الوصية فى مادته السادسة فى الفقرة الثانية منه بمذهب الجمهور فقال ببطلان الوصية للميت[٤].

[١] – سبق تعريفه.

[٢] – بدائع الصنائع للكاسانى ٤٨٥٣/١٠، تكملة المجموع للمطيعى ٥٦/١٥، المغنى لابن قدامة ٨/٤١٣.

[٣] – حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٣٤/٤.

[٤] – شرح قانون الوصية ص ٢٧٤.

المبحث الثانى

تعين الموصى له

اتفق الفقهاء على اشتراط تعيين الموصى له بالاسم أو الإشارة إذا كان موجودا وقت الوصية، وذلك لأن الإيجاب قد انعقد على فرض وجوده، يضاف إلى ذلك أن فى تعيين الموصى له دلالة على وجوده وقت الوصية، سواء كان الموصى له واحدا أو متعددا.

ثم اختلفوا بعد ذلك فيما إذا كانت الوصية لغير معين بالاسم أو الإشارة، وإنما كان الموصى له معروفا بالوصف كالفقراء والمساكين فى قرية، على مذهبين :-

١-فذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط وجودهم وقت موت الموصى فقط[١]، وذلك لأن الإيجاب صدر صحيحا فى ذاته لعدم ارتباطه بمعين، وإنما اشترط وجوده فى ذلك الوقت لأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت، والتمليك للمعدوم لا يجوز قياسا على الميراث، فإنه لا يثبت إلا لمن كان موجودا عند وفاة الموصى دون المعدوم[٢].

[١] – بدائع الصنائع ٤٨٥٠/١٠، أسنى المطالب ٣٠/٣، المهذب للشيرازى ٤٥٢/١، المغنى لابن قدامة ٤٥٥/٨.

[٢] – إذا أوصى الوصى لشخص معين متميز عن غيره بذكر أوصاف فيه فإن كانت الوصية له بعين فإنه يمتلكها من أول الوقت الذى حدده له الموصى، وإن لم يحدد له وقتا فمن وقت الوفاة، فإن مات

١-وذهب المالكية إلى عدم اشتراط وجود الموصى له غير المعين بالاسم أو الإشارة وقت الوصية ولا وقت موت الموصى، لأنهم يصححون الوصية للمعدوم، فهذا من باب أولى[١].

وبناء على هذا : فإن الشيء الموصى به يقسم بينهم بالسوية ويخصون به، ومن مات منهم أى بعد الوفاة والقبول فلوارثه حصته، ومن ولد بعد الإيصاء لم يدخل فى الوصية، لأنها تختص بالموجودين منهم حين الإيصاء لأنهم معينون.

ولقد جاء فى القانون فى المادة السادسة فى الفقرة الثانية : يشترط فى الموصى له أن يكون موجودا عند الوصية إن كان معينا، فإن لم يكن معينا لا يشترط أن يكون موجودا عند الوصية ولا وقت موت الموصى[٢].

الموصى له بعد استحقاقه فإنه ينتقل الموصى به بالإرث إلى ورثته، قياسا على سائر أملاكه الأخرى، لكن إن مات قبل الموصى أو رد الوصية بعد وفاة الموصى فإن نصيبه يعود إلى تركة الموصى.

[١] - مواهب الجليل ٣٧٤/٦، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٣٤/٤، جواهر الإكليل ٣١٧.

[٢] - شرح قانون الوصية ص ٢٧٤.

المبحث الثالث

العلم بالموصى له

اشترط جمهور الفقهاء العلم بالموصى له، وذلك لأن الموصى له إذا كان مجهولا يستحيل إيصال الموصى به إليه[1].

ولقد خالف الجمهورَ في ذلك ابنُ رزين[2] من الحنابلة فقال بصحة الوصية للمجهول[3]. وقد تكون بسبب عدم إحصاء الموصى لهم.

أ- فإن كانت الجهالة بسبب تردد الموصى له بين فردين أو أفراد. كأن أوصى بشئ لمحمد أو على أو لأولاد محمد أو لأولاد على، فإن عين الموصى الموصى له قبل موته فلا إشكال، وإن مات و لم يعين أحدهما فقد تعرض بعض الفقهاء لهذه المسألة واختلفوا فيها على مذهبين :

[1] - المبسوط للسرخسى ٢٨/٩٥، الشرح الكبير للإمام الدردير ٤/٣٢٦، ونهاية المحتاج ٦/٤٢، شرح منتهى الإرادات ٢/٤٨.

[2] - هو عبد الرحمن بن رزين بن عبد العزيز بن نصر بن عبيد بن على بن أبى الجيش الغسانى الحورانى ثم الدمشقى، سيف الدين أبو الفرج، له مصنفات منها : اختصار المغنى فى مجلدين، وسماه التهذيب، واختصار الهداية وغير ذلك، قتل شهيدا بسيف التتار سنة ست وخمسين وستمائة هجرية.
انظر مصطلحات الفقه الحنبلى للدكتور على الثقفى ص ١٥١ الطبعة الثانية.

[3] - المبدع فى شرح المقنع ٦/٣٣.

١- فذهب أبو حنيفة[١] والشافعية والحنابلة في المذهب إلى بطلان الوصية[٢]، لأن الوصية بهذه الكيفية فيها جهالة لا يمكن إزالتها، فتمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له، فلا تفيد الوصية، كمن أوصى بثلث ماله لرجل من الناس فإنه لا يصح بلا خلاف.

٢- وذهب أبو يوسف[٣] ومحمد من الحنفية وابن رجب[٤] من الحنابلة وكثير من فقهاء الإمامية إلى صحة الوصية فى هذه الحالة[٥]، إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم فى كيفية قسمة الموصى به على الموصى له فيما لو كانت الوصية لأحد هذين على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

ذهب أبو يوسف[٦] من الحنفية وبعض الإمامية إلى أن الوصية تكون بينهما مناصفة، وذلك لأن الموصى لما مات قبل التعيين شاعت الوصية لهما وليس

[١] - سبق تعريفه.

[٢] - حاشية ابن عابدين ٦٤٩/٦، بدائع الصنائع ٤٨٥٠/١٠، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤٢/٦، الإنصاف للمرداوى ٢٣١/٧، منتهى الإرادات ٤٨/٢.

[٣] - سبق تعريفه.

[٤] - هو زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلى البغدادى ثم الدمشقى، الإمام الحافظ الحجة الفقيه، كان واعظا بليغا، أخذ عنه جم غفير من أهل الشام، له مؤلفات منها القواعد فى الفقه وجامع العلوم والحكم وغير ذلك، توفى رحمه الله تعالى سنة خمس وتسعين وسبعمائة هجرية.

انظر : شذرات الذهب ٣٣٩/٦، مفاتيح الفقه الحنبلى لعلى الثقفى ١٦٦/٢، الطبعة الأولى.

[٥] - بدائع الصنائع ٤٨٥٠/١٠، الإنصاف للمرداوى ٢٣١/٧، مفتاح الكرامة ٤٣٦/٩.

[٦] - سبق تعريفه.

أحدهما بأولى من الآخر، كمن أعتق أحد عبديه ثم مات قبل البيان، فإن العتق يشيع فيهما جميعا فيعتق من كل واحد منهما نصفه، كذلك ههنا.

القول الثانى :

ذهب محمد بن الحسن[1] من الحنفية وبعض الحنابلة وبعض الإمامية إلى تخيير الوارث أو الوصى فى إعطاء أيهما شاء، وذلك لأن الأصل براءة الذمة، والإيجاب قد وقع صحيحا لأحدهما وإن كان مجهولا، وهذه الجهالة يمكن إزالتها بالتخيير[2].

القول الثالث :

ذهب بعض الحنابلة وبعض الإمامية إلى أن الموصى له يتعين فى هذه الحالة بالقرعة باعتبار أنها هى تجوز لكل أمر مشكل.

الرأى المختار :

وبعد فإننى أرى أن رأى جمهور الفقهاء وهو أن العلم بالموصى له شرط فى صحة الوصية هو الأولى بالقبول، وذلك لأن عدم العلم يؤدى إلى الجهالة، والجهالة قد تؤدى إلى منازعة، والمنازعة تؤدى إلى بطلان العقد.

[1] – سبق تعريفه.

[2] – حاشية ابن عابدين ٦٣٩/٦، الإنصاف للمرداوى ٢٣١/٧.

ب : إن كانت الجهالة بسبب عدم إحصاء الموصى لهم[1] :

اتفق الفقهاء على أن الموصى لهم إن كانوا محصورين و عددهم معلوم فإنه يجوز الوصية لهم. ثم اختلفوا بعد ذلك في صحة الوصية لمن لا يحصون، كقول الموصى : أوصيت للمسلمين أو لبنى تميم أو لبنى زهرة أو لرجال القاهرة، وما إلى ذلك على مذهبين :

١–فذهب الحنفية والشافعية فى قول إلى القول ببطلان الوصية لمن لا يحصون، إلا إذا اقترن باللفظ ما يدل على الحاجة[2]، كأن يقول الموصى أوصيت لفقراء طلبة كلية الشريعة مثلا فإنه فى هذه الحالة تصح الوصية، لأنها تكون وصية تقربا إلى الله تعالى وطلبا لمرضاته، فيقع المال لله سبحانه وتعالى، ثم للفقراء يمتلكونها بتمليك الله منهم.

واستدلوا على بطلانها إذا لم يكن فى لفظ الوصية ما ينبئ عن الحاجة، بأن الوصية تمليك، وتمليك المجهول جهالة لا يمكن إزالتها فلا تصح.

[1] – لقد اختلف فقهاء الأحناف بين من يحصون ومن لا يحصون، فعن أبى يوسف أنه قال : إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب أو بحساب فهم لا يحصون، فإن أمكن حصرهم بغير كتاب أو حساب فهم ممن يحصون، وعن محمد بن الحسن أنه قال : إنهم إن كانوا أكثر من مائة فهم ممن لا يحصون، وإن كانوا مائة فأقل فهم ممن يحصون، وقيل : يفوض ذلك إلى رأى القاضى، إلا أن عمل المحاكم الآن سائر على رأى محمد بن الحسن.

انظر العناية على الهداية ٨/٤٧٥، ٤٧٦.

[2] – بدائع الصنائع للكاسانى ١٠/٤٨٦٥.

وقد نوقش هذا : بأن هذه التفرقة غير صحيحة، لأن الوصية قربة للفقير والغنى، لأنها من باب الهدية، وقد ندب النبى صلى ا لله عليه وسلم إلى الهدية وإن كانت لغير محتاج إليها[1].

٢- وذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والحنابلة والإمامية والشافعية فى الراجح وبعض الزيدية إلى صحة الوصية لهم[2]، سواء كان فى لفظ الوصية ما يدل على الحاجة أم لا، وذلك لأن الوصية مبنية على التيسير والتسامح، فيتسامح فيها بما لا يتسامح فى غيرها، ولأنها فى ذاتها صلة وقربة ومن عمل المعروف، وعمل المعروف يتوسع فيه مالا يتوسع فى غيره.

ولكن لمن تدفع الوصية فى هذه الحالة؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين :-

* فذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والحنابلة وأبوحنيفة وأبو يوسف[3] إلى أنها تجزئ إن دفعت لواحد من الموصى لهم[4]، وذلك لأن الوصية وصية بالصدقة، وهى إلزام المال حقا لله تبارك وتعالى، وجنس الفقراء مصرف ما يجب لله عز وجل من الحقوق المالية، فكان ذكر الفقراء لبيان المصرف لا لإيجاب الحق

[1] - المغنى لابن قدامة ٤٥٥/٨.

[2] - مواهب الجليل ٣٧٥/٦، المغنى لابن قدامة ٤٥٥/٨، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤٣/٦، مغنى المحتاج ٦٢/٣، مفتاح الكرامة للعاملى ٤٢٦/٩، البحر الزخار ٣١٢/٥، وفى الرواية الأخرى عند الزيدية أنها لا تصح، ولا يلزم تعميمهم ولا التسوية بينهم، بل تقسم الوصية بينهم بالاجتهاد. انظر : جواهر الإكليل ٣٢٠/٢.

[3] - سبق تعريفهما.

[4] - مواهب الجليل ٣٧٥/٦، المغنى لابن قدامة ٤٥٥/٨، بدائع الصنائع ٤٨٦٠/١٠.

لهم، فيجب الحق لله تبارك وتعالى، ثم يصرف إلى من ظهر رضا الله سبحانه وتعالى بصرفه حقه المال إليه، وقد حصل بصرفه إلى فقير واحد.

** وذهب الشافعية ومحمد[1] من الحنفية إلى أنه لا يجوز دفعها لفقير واحد، بل اشترط الشافعية دفعها إلى ثلاثة منهم واشترط محمد بن الحسن دفعها إلى اثنين على الأقل[2]، وذلك لأن الفقراء اسم جمع عندهما، وأقل الجمع الصحيح ثلاثة، إلا أنهم أقاموا الدليل على أن الاثنين في باب الوصية يقومان مقام الثلاثة، وبأن الوصية أخت الميراث، ولأن الله تعالى أقام الثنتين من البنات مقام الثلاثة منهن في استحقاق الثلثين[3].

[1] – سبق تعريفه.

[2] – بدائع الصنائع ٤٨٦٦/١٠، المهذب للشيرازي ٤٥٦/١.

[3] – الأم للإمام الشافعي ٩٧/٤، بدائع الصنائع للكاساني ٤٨٦٦//١٠.

وتوزيع الوصية على غير المحصورين أو لمن لا يحصون كما يأتي :-

عند الحنفية :- لو أوصى للأيتام في المدينة الفلانية، أو للعميان فيها، وكانوا قوما يحصون، دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وإناثهم، لأنه أمكن تحقيق التمليك في حقهم، والوصية تمليك، وإن كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم، لأن المقصود من الوصية القربة، فجاز أن تكون الوصية في الفقراء منهم.

وعند المالكية :- إن أوصى لمجهول غير محصور لم يلزم تعميم الموصى لهم بالإعطاء، وينبغي إيثار الأحوج، ويجتهد الذى يتولى قسمة الموصى به من وصى أو حاكم أو وارث فيمن حضر القسمة، ولا شئ لمن مات قبلها.

وعند الشافعية :- للوصي أو الحاكم عند فقده التفضيل بين آحاد كل صنف بحسب الحاجة، ولا تجب التسوية بل يتأكد تفضيل الأشد حاجة وعيالا، والأولى تقديم أقارب الموصى الذين لا يرثون ثم جيرانهم ثم معارفه هذا إذا لم يكونوا محصورين.

وعند الحنابلة :- أنه إن وصى للفقراء ونحوهم مما لا يحصون يستحب تعميم من أمكن منهم، والدفع إليهم على قدر الحاجة، والبداءة بأقارب الموصى، ويجوز الاقتصار على واحد.

الرأى المختار :-

وبعد فإن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز الوصية لغير المحصورين، سواء وجد قيد الحاجة أو ـ لا هو الأولى بالقبول، لقوة دليلهم وردهم على دليل المخالف وإن دفعها إلى فقير واحد يجزئ.

وقد جاء فى القانون فى المادة الثلاثين : تصح الوصية لمن لا يحصون، ويختص بها المحتاجون منهم، ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية، دون التقييد بالتعميم أو المساواة، ومن له تنفيذ الوصية هو الوصى المختار، فإن لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعينه لذلك[1].

وإذا كان القانون قد قيد وجوب الصرف إلى المحتاجين، فقد ذكرت المذكرة التفسيرية أن ذلك مأخوذ من القاعدة الشرعية التى تقضى بأن لولى الأمر أن يعين جهة الصرف التى يرى أن فى ذلك الصرف إليها مصلحة، لكن وجوب الصرف إلى المحتاجين هو مذهب الحنفية، وقد أطلق حرية الموصى فى الإنشاء إطلاق المذهب المالكى[2].

انظر العناية على الهداية ٤٧٥/٨، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٣٤/٤، مغنى المحتاج ٦٢/٣، المغنى لابن قدامة ٤٥٥/٨.

[1] - شرح قانون الوصية ص ٢٧٩.

[2] - انظر شرح قانون الوصية ص ٩٥، أحكام الوصايا ص ٢٢٨.

المبحث الرابع

الوصية للجهات

اتفق الفقهاء على جواز الوصية لجهة من جهات البر، إذا عين جهة الانفاق عليها، كالوصية للمساجد والقناطر والمستشفيات والملاجئ والجمعيات الخيرية، وغير ذلك من أعمال البر[1].

واستدلوا على ذلك بعموم أدلة الوصية.

ثم اختلفوا بعد ذلك فيما إذا أوصى لجهة من جهات البر و لم يحدد جهة الصرف، كمن أوصى لمسجد و لم يبين على وجه التحديد موضع الصرف فى المسجد، أهو لعمارته أو لخدمته أو لخدمة إمامه؟

وكذلك اختلفوا أيضا إذا كانت الوصية لجهة معصية، كالوصية للخمارات، وبيوت القمار، والكنائس، وغير ذلك من جهات المعاصى، وإليك التفصيل :

أولا :- الوصية لجهة من جهات البر و لم يحدد جهة الصرف.

اختلف الفقهاء فى حكم الوصية على مذهبين :-

[1] - حاشية ابن عابدين ٦١٠/٥، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٤٧١/٨، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣٧٩/٤، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤٧/٦، منتهى الإرادات ٤٤/٢، البحر الزخار ٣٠٧/٥، المحلى لابن حزم ٣٢٧/٩، شرائع الإسلام ٢٤٤/٢.

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم محمد بن الحسن[1] من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية إلى صحة الوصية وإن لم يعين السبب الذى من أجله أوصى لتلك الجهة، وذلك لأن هذه الجهات أهل للتمليك[2] ويصرف الشئ الموصى به فى صالح المسجد أو الجهة التى أوصى لها.

** وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن الوصية لهذه الجهات دون أن يحدد جهة الصرف باطلة، وذلك لأن المسجد وغيره من جهات البر ليست أهلا للتمليك، وهذه الوصية ظاهرها التمليك[3].

ويناقش هذا :-

بأن كلامهم هذا لا يسلم فى عصرنا، وإن كان يسلم فى عصرهم، وذلك لأنه أصبح لهذه الجهات أشخاص يقومون عليها، حيث كثرت المؤسسات

[1] – سبق تعريفه.

[2] – البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٤٧١/٨، جواهر الإكليل ٣١٧/٢، قليوبى وعميرة ١٥٩/٣، المغنى لابن قدامة ٤١٨/٨، المحلى لابن حزم ٣٢٧/٩، البحر الزخار ٣٠٧/٥، شرائع الإسلام ٢٤٤/٢.

[3] – حاشية ابن عابدين ٦١٠/٥.

وأما إذا أوصى للدابة وأطلق ولم يعلم قصده فقد اختلف فى صحة الوصية لها بعض الفقهاء، فقال بعضهم : إن هذه الوصية باطلة، لأن مفهوم اللفظ المطلق التمليك، والبهيمة لا يتصور منها ذلك.

وقال البعض الآخر : إن الوصية لها صحيحة، صونا لكلام العقلاء من الإلغاء، لأن الموصى يعلم أن البهيمة لا تتملك، وإنما الذى يتملك ذلك هو القيم عليها.

انظر المبسوط للسرخسى ٩٥/٢٨، نهاية المحتاج ٤٦/٦.

الخيرية وغيرها، وأصبح لها رؤساء وإدارات وجعل لها شخصية معنوية، وقد جرى العرف على هذا من زمن بعيد.

وفى ذلك يقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله : وإنه على مقتضى التصوير الفقهى فى عصورنا الحديثة الذى جعل للجهات شخصية معنوية تصلح للامتلاك والتمليك، وقد دفعهم إلى ذلك كثرة المؤسسات الخيرية والشركات الاستغلالية، تكون الوصية للجهات صحيحة، ولو كانت تمليك أعيان لها، وينبغى أن يكون ذلك قول أبى حنيفة[1]، لأن علة المنع عدم قبولها للامتلاك، وهى الآن قابلة للامتلاك كالأشخاص الحقيقيين[2].

وبهذا يكون الفقهاء جميعا متفقين على أن الموصى إذا أوصى لجهة من الجهات و لم يحدد جهة الصرف فإن ذلك جائز.

ثانيا :- الوصية لجهة من جهات المعصية.

كالوصية ببناء كنيسة أو بيت نار، أو عمارتهما أو الإنفاق عليهما، وقد اختلف الفقهاء فى حكم الوصية لهذه الجهات، سواء كانت الوصية من المسلم أو الذمى على مذهبين :-

[1] - سبق تعريفه.

[2] - شرح قانون الوصية ص ٧٨.

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الصاحبان من الحنفية والشافعية والحنابلة فى المذهب والظاهرية والزيدية والمالكية فى المعتمد وبعض الإمامية إلى أن الوصية لجهات المعصية باطلة، وذلك لأن الوصية لهذه الجهات من المسلم وغيره معصية فلا تجوز[1].

** وذهب أبو حنيفة[2] والقاضى[3] من الحنابلة وبعض الإمامية وبعض المالكية إلى أن الوصية لهذه الجهات صحيحة إذا أقروا عليها، وهذا إذا كانت الوصية لبنى ديانتهم ولبيوت عبادتهم التى أقروا عليها، ولأننا أمرنا بتركهم وما يدينون فجازت وصيتهم لهذه الجهات[4].

[1] - المبسوط للسرخسى ٩٤/٢٨، نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ٤٩٢/١٠، شرح الخرشى على مختصر خليل ١٦٨/٨، وقد قال المالكية : لا يجوز ذلك بالنسبة للمسلم، أما إن أوصى بذلك لكافر فإن وصيته تصح، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤٢/٦، المغنى لابن قدامة ٥١٤/٨ ـ وقد قال القاضى من الحنابة : إنه لو أوصى المسلم لحصر البيع وقناديلها وما شابه ذلك ولم يقصد إعظامها بذلك صحت الوصية، لأن الوصية لأهل الذمة، والنفع يعود إليهم، والوصية صحيحة، ونقل عن أحمد ما يدل على صحة الوصية من الذمى بخدمة الكنيسة ـ انظر : المغنى لابن قدامة ٥١٤/٨، الإنصاف للمرداوى ٢٤٥/٧، المحلى لابن حزم الظاهرى ٣٢٧/٩، البحر الزخار ٣٠٧/٥، شرائع الإسلام ٢٤٤/٢.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - هو محمد بن الحسين بن محمد بن أحمد بن خلف بن أحمد، ويعرف بابن الفراء، القاضى الكبير، أبو يعلى إمام الحنابلة، كان عالم زمانه، وفريد عصره وأوانه، وعنه انتشر المذهب الحنبلى، وكانت تجتمع عنده الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، له مؤلفات كثيرة منها : أحكام القرآن ومسائل الإيمان، وإبطال الحيل، والمجرد فى المذهب، وكتاب الروايتين، والوجهين، والأحكام السلطانية، وغير ذلك، انظر مصطلحات الفقه الحنبلى ص ٨١ الطبعة الثالثة.

[4] - حاشية ابن عابدين ٦١٠/٥، شرائع الإسلام ٢٤٤/٢، شرح الخرشى على مختصر خليل ١٦٨/٨.

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى أن المسلم لا يجوز لـه أن يوصـى لأى جهـة مـن جهـات المعصية، كذلك غير المسلم، وذلك لأن الوصية إنما شرعت ليتلافى الإنسـان بهـا ما قد فاته من وجوه البر والخير ليختم حياته بالقرب زيادة فـى حسـناته، ووصيـة المسلم وغيره لهذه الجهات لا يحقق له هذه الأشياء فضلا على أنـه بهـذه الوصيـة يقوى هذه الجهات التى تنشر المعاصى والفسوق فلا يجوز الوصية لها.

وقد جاء فى القانون فى المادة السابعة مـا نصـه : تصـح الوصيـة لأمـاكن العبـادات والمؤسسـات الخيرية وغيرهـا مـن جهـات البـر وللمؤسســات العلميـة والمصالح العامـة، وتصـرف علـى عمارتهـا ومصالحهـا وفقرائهـا وغـير ذلـك مـن شئونها، ما لم يتعين المصرف بعرف أو دلالة، وتصح الوصية لله تعـالى ولأعمـال البر بدون تعيين جهة، وتصرف فى وجوه الخير.

كما أن المادة العشرين من قانون الوصية قضت فـى فقرتهـا الأخـيرة بـأن يكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشئات ممن يمثلها قانونا فإن لم يكن لهـا من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول[1].

[1] - شرح قانون الوصية ٢٧٤، ٢٩٠.

المبحث الخامس

إسلام الموصى له

اتفق الفقهاء على صحة الوصية للمسلم، سواء كانت من مسلم أو من كافر[1]، ثم اختلفوا بعد ذلك فى وصية المسلم للذمى وللمستأمن وللحربى.

وسوف أتناول ذلك فى أربعة مطالب :

المطلب الأول

الوصية للذمى

اتفق الفقهاء على صحة وصية الذمى للذمى، ثم اختلفوا بعد ذلك فى صحة وصية المسلم للذمى على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإباضية والإمامية فى المشهور إلى صحة الوصية للذمى[2]، وذلك لما يأتى :-

[1] - ولا تصح لفاسق وهو المذهب عند الحنابلة ـ انظر الإنصاف للمرداوى ٢٨٧/٧، نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ٤٢٥/١٠.

[2] - المبسوط للسرخسى ١٤٧/٢٧، نتائج الأفكار ٤٢٦/١٠، الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٢٦/٤، ولكن ابن القاسم قال بصحتها مع الكراهة إن لم تكن على نحو الصلة، وأيد ابن رشد ابن القاسم، وزاد بعض المحترزات فقال : إن الوصية تجوز للذمى إذا كانت هناك أسباب لها من جوار أو قرابة أو يد سبقت لهم،فإن لم يكن سبب من هذه الأسباب فالوصية محظورة له.

١- قول الله تعالى "لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين و لم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين[١]".

وجه الدلالة من هذه الآية :-

أن الله عز وجل أمرنا ببر الذين لم يقاتلونا و لم يخرجونا، وهم أهل الذمة، والوصية من أعمال الصلة والبر، فتكون غير منهى عنها لهم، يؤيد ذلك ما قاله عطاء[٢] وقتادة[٣] فى تفسير قول الله عز وجل "إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفا"[٤] من أن المراد بالمعروف هنا هو وصية المسلم لليهودى والنصرانى.

انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣٧٩/٤، تكملة المجموع شرح المهذب ٥٢/١٥، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤٨/٦، المغنى لابن قدامة ٥١٢/٨، المحلى لابن حزم ٢٥٣/٩، الإيضاح ٩٣/٤.

[١] - سورة الممتحنة آية رقم ٨.

[٢] - هو عطاء بن أبى رباح، أبو محمد أسلم وقيل سالم بن صفوان، مولى بنى فهر أو جمح، المكى، وقيل إنه مولى أبى ميسرة الفهرى، كانت ولادته أثناء خلافة عثمان، وهو من مولدى الجند، ونشأ بمكة، وكان من أئمة التابعين ومن الفقهاء الأجلاء، يذكر أنه كان ينادى فى الحج لا يفتى الناس إلا عطاء بن أبى رباح، وكان من كبار الزهاد، توفى سنة مائة وخمس عشرة هجرية، وقيل مائة وأربع عشرة هجرية.

انظر ترجمته فى : سير أعلام النبلاء ٧٨/٥، وفيات الأعيان ٢٦١/٣، طبقات ابن سعد ٤٦٧/٥.

[٣] - هو قتادة بن دعامة السدوسى، أبو الخطاب البصرى الأكمه، أحد الأئمة الأعلام، الحفاظ، وهو معدود من صغار التابعين، ومن كبار الفقهاء المفسرين المقرئين المحدثين المكثرين، توفى سنة ١١٧ سبع عشرة ومائة هجرية.

انظر : خلاصة التذهيب للكمال ٣١٥، الفكر السامى ٧٨/٢،٧٩، تذكرة الحفاظ ١١٥/١، التقريب ١٢٣/٢.

[٤] - سورة الأحزاب آية رقم ٦.

٢- قياس الوصية لهم على الصدقة والهبة، بجامع أن كلا صلة وتبرع، فإذا جازت الصدقة والهبة لهم جازت الوصية.

** وذهب بعض الإمامية إلى عدم صحة الوصية للذمى[١]، لأنه ليس من أهل البر ولا الصلة.

ولكن كلامهم هذا غير مسلم، لما ذكره جمهور الفقهاء من أنهم من أهل البر والصلة، وعلى ذلك يتبين لنا رجحان قول جمهور الفقهاء القائلين بجواز الوصية لأهل الذمة.

[١] - شرائع الإسلام ٢/٢٥٣.

المطلب الثانى

الوصية للمستأمن

اختلف الفقهاء فى صحة الوصية للمستأمن على مذهبين :-

** فذهب المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الإمامية وبعض الحنفية إلى صحة الوصية للمستأمن[1]، وذلك لأنه يأخذ حكم الذمى فى المعاملات مادام فى دار الإسلام، والذمى تجوز له الوصية فكذلك المستأمن.

** وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف[2] والزيدية والظاهرية والإمامية فى المشهور والإباضية إلى بطلان الوصية للمستأمن[3]، وذلك لأنه من أهل الحرب حكما، فلا يستطيع الإقامة الدائمة بين المسلمن إلا بدفع الجزية، فصارت الوصية له كالإرث.

وبعد فإننى أرى أن المستأمن يلحق بالحربى فى أحكام الوصية خصوصا وأن إقامته غير دائمة وأن تنفيذ الوصية لا تكون إلا بعد موت الموصى ففى الغالب أن المستأمن تنتهى مدة إقامته قبل موت الموصى فيرجع إلى داره بالوصية فتكون قوة له قد يستعملها فى محاربة المسلمين لذا وغيره أرى عدم جواز الوصية للمستأمن.

[1] - شرح الخرشى على مختصر خليل ١٧٠/٨، نهاية المحتاج ٤٨/٦، مغنى المحتاج ٤٣/٣، المغنى لابن قدامة ٥١٣/٨.

[2] - سبق تعريفهما.

[3] - تبيين الحقائق ٢٠٦/٦، شرح العناية على الهداية ٤٢٧/١٠، طبعة دار الفكر بيروت، البحر الزخار ٣٠٩/٥، فقد قالوا : لا تصح الوصية للحربى، و لم يفرقوا بين ما إذا كان مستأمنا أو غير مستأمن، كذلك الإمامية والظاهرية، المحلى لابن حزم ٤٣٢/٩، شرائع الإسلام ٢٥٣/٢، الإيضاح ٩٢/٤، لأنهم قالوا : وتجوز الوصية لجميع الناس من أهل التوحيد، وليسوا هم من أهل التوحيد.

المطلب الثالث

الوصية للحربي

اختلف الفقهاء فى صحة الوصية للحربى على مذهبين :-

** فذهب الظاهرية والزيدية والإباضية والأحناف فى ظاهر الرواية والمالكية فى المعتمد والشافعية فى وجه والإمامية فى المشهور إلى أن الوصية للحربى باطلة[1].

** وذهب الحنابلة فى المذهب والشافعية فى المعتمد عندهم والمالكية فى قول وبعض الإمامية إلى أن الوصية للحربى صحيحة، إلا أن الشافعية والحنابلة قيدوها بأن لا تكون بسلاح ونحوه[2].

الأدلـــــة

استدل القائلون بأن الوصية للحربى باطلة فلا تجوز بما يأتى :-

١- قول الله عز وجل "إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون[3]"

[1] - حاشية ابن عابدين ٦٥٥/٦، شرح العناية على الهداية ٤٢٧/١٠، المحلى لابن حزم ٣٢٢/٩، البحر الزخار ٣٠٩/٥، شرائع الإسلام ٣٠٣/٢، منهاج الصالحين للحكيم ١٥٦/٢، طبعة مطبعة النعمان بالنجف، المهذب للشيرازى ٤٥١/١، حاشية الدسوقى ٤٢٦/٤.

[2] - الإنصاف للمرداوى ٣٢١/٧، المغنى لابن قدامة ٥١٢/٨، نهاية المحتاج ٤٨/٦، مغنى المحتاج ٤٣/٣، مواهب الجليل للحطاب ٣٦٨//٦، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٦/٤.

[3] - سورة الممتحنة آية رقم ٩.

وجه الدلالة من هذه الآية :-

أن الله عز وجل قد نهانا عن الذين قاتلونا فى الدين وأخرجونا من ديارنا وأعانوا على إخراجنا، فالآية إذن نص فى أن لا نتولهم ولا نبرهم، والحربى كما سبق تعريفه هو من ليس له عهد ولا أمان، فلا تجوز الوصية لهم لأن فى ذلك برا بهم وإعانة لهم، وقد نهينا عن ذلك.

ونوقش هذا :-

بأن هذا الكلام غير مسلم، وذلك لأن الآية الكريمة إنما هى نص فى الكفار الذين لهم هذه الصفات، أما من ليس له هذه الصفات فلا تتناوله الآية الكريمة مع أنه حربى ليس بينه وبين المسلمين ذمة ولا عهد، فالآية الكريمة تناولت جزءا من المدعى وتركت باقيه، فهى ليست نصا فى النهى عن الوصية، ودخولها فى النهى عن التولى محل احتمال، يضاف إلى ذلك أن الآية التى سبقتها لم تنه المسلمين عن بر المشركين الذين لم يقاتلوا المسلمين ولم يخرجوهم من ديارهم، والوصية داخلة فى البر وهو غير منهى عنه.

وأجاب الأستاذ الدكتور محمد مصطفى شلبى عن هذا بكلام واقعى فقال : إن الحربى لا عهد له ولا ذمة وليس فى دارنا بأمان، بل يعيش فى بلد ليس بينه وبين دولة المسلمين علاقة تعاون ولا نصرة والعصمة منقطعة بيننا فيكون فى حالة حرب مع المسلمين، وإن لم يكن للحرب وجود فعلى، ومثل هذا لا تكون الوصية له من باب الصلة المشروعة فى الإسلام، ولا يصح قياسه على الذمى للفرق الواضح بينهما، فهذا له ما للمسلمين، فالوصية له داخلة فى الوفاء بعهده

الذى سوى بينه وبين المسلمين، وذلك "أى الحربى" منقطع الصلة بينه وبين المسلمين، بل إنه يتربص بهم، ويود إلحاق الأذى بهم فى كل حين[1].

وهذا الكلام قد أظهره الواقع الآن لكل من كان مغرورا فى هؤلاء الحربيين ظانا أنهم يتعاونون مع المسلمين حبا ووفاء، وإنما هذا من الدهاء والمكر، ويمكرون ويمكر الله والله خير الماكرين.

٢- إن القصد من الوصية القربة إلى الله عز وجل بنفع يعود إلى الموصى له، وقد أمرنا بقتل الحربى وأخذ سلبه فلا معنى للوصية له.

ويناقش هذا :-

بأن الوصية لهم ليست من باب القربة وإنما هى من باب الصلة تحبيبا لهم فى الإسلام وتأليفا لقلوبهم وإظهارا لسماحة الإسلام، والمؤلفة قلوبهم لا شك فى أنهم من مصارف الزكاة، وإذا جاز تأليف قلوبهم بالزكاة جاز كذلك بالوصية.

وأجيب عن هذا :-

بأن عمر[2] بن الخطاب رضى الله عنه منع المؤلفة قلوبهم من الزكاة حينما وجد المسلمين ليسوا فى حاجة إليهم، مع أن الزكاة واجبة، فمن باب أولى نبطل الوصية، مع أن حكمها الاستحباب، خصوصا وقد كثر المسلمون فى كل مكان،

[1] - أحكام الوصايا والأوقاف للأستاذ الدكتور / محمد مصطفى شلبى ص ٩٣.

[2] - سبق تعريفه.

بل هناك من المسلمين من يموت جوعا، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يجب على المسلمين أن يجعوا وصاياهم لهؤلاء الجياع والمرضى، ويحرم على كل مسلم أن يوصى لحربيين مع وجود المسلمين المحتاجين، وليعلم أنه من أعان ظالما سلطه الله عليه.

واستدل القائلون بصحة الوصية للحربي بما يأتي :-

١- ما رواه البخارى[١] بسنده إلى عبد الله[٢] بن عمر رضى الله عنهما قال : رأى عمر بن الخطاب رضى الله عنه حلة سيراء عند باب المسجد فقال يا رسول اللله لو اشتريتها فلبستها يوم الجمعة للوفد، قال : "إنما يلبسها من لا خلاق له فى الآخرة"، ثم جاءت حلل فأعطى رسول الله صلى الله عيه وسلم عمر منها حلة، فقال عمر كيف ألبسها وقد قلت فيها ما قلت؟ ـ قال :- "إنى لم أكسكها لتلبسها فكساها عمر أخا له بمكة مشركا[٣].

٢- وما رواه البخارى بسنده إلى أسماء[٤] بنت أبى بكر رضى الله عنهما قالت : قدمت على أمى وهى مشركة فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

[١] - سبق تعريفه.

[٢] - سبق تعريفه.

[٣] - صحيح البخارى ٣/٢١٥.

[٤] - هى أسماء بنت أبى بكر الصديق، زوج الزبير بن العوام، من كبار الصحابة، عاشت مائة سنة، وماتت سنة ثلاث أو أربع وسبعين هجرية.

انظر تقريب التهذيب ٨٥٢٥/٧٤٣.

فاستفتيت رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم قلت : إن أمى قدمت على وهى راغبة أفأصل أمى؟ قال : "نعم صلى أمك[1]".

وجه الدلالة من هذين الحديثين :-

إن عمر[2] بن الخطاب رضى ا لله عنه أهدى الحلة لأخ له مشرك بمكة، وأسماء[3] بنت أبى بكر استأذنت رسول ا لله صلى ا لله عليه وسلم فى أن تصل أمها وكانت راغبة عن الإسلام فأذن لها. وإذا صحت الهدية للحربى صحت الوصية له بجامع أن كلا عمل بر وصلة.

ويناقش هذا :-

بأن صحة الهبة للأخ والأم والأقارب لا يلزم منه صحتها للأجانب، ولا يلزم من صحة الهبة له صحة الوصية، لأن الوصية تكون بقصد الثواب أو خوف العقاب إذا لم يوص بما عليه، وغالبا لا يتحقق هذا فى الوصية للحربى[4].

٣- إن الهبة للحربى جائزة وصحيحة، وقد قام الإجماع على ذلك، وإذا كان الأمر كذلك صحت الوصية أيضا له قياسا عليها بجامع أن كلا عقد تبرع وصلة.

ولكن هذا الدليل يناقش بما نوقش به الدليل الأول والثانى.

٤- إن الوصية للحربى صحيحة قياسا على الوصية للذمى.

[1] - صحيح البخارى ٢١٦/٣.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - سبق تعريفها.

[4] - الوصية وأحكامها للأستاذ الدكتور / محمود على ص ٢٠٠.

ويناقش هذا :-

بأنه قياس مع الفارق فلا يصح، لأن الذمى فى ديار المسلمين يقيم بينهم وله ما للمسلمين، بخلاف الحربى الذى هو فى ديار المشركين، والصلة منقطعة بينه وبين المسلمين، وضرره غير مأمون بل متوقع فإنه يتربص[1] بهم.

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى عدم صحة الوصية للحربى إلا إذا كان قريبا عملا بالأحاديث الواردة فى هذا الشأن، بشرط أن يكون هذا القريب مسالما للمسلمين و لم تظهر منه عداوة لهم، وذلك لما ذكروه من أدلة ورد أدلة المخالفين ورد ما ورد عليه من اعتراضات، يضاف إلى ذلك أن ا لله عز وجل نهانا عن موادتهم وعن اتخاذهم أولياء من دون ا لله، وإذا كان الأمر كذلك فلا يجوز أن توصى بمال ا لله لأعداء ا لله، قال تعالى : "لا تجد قوما يؤمنون با لله واليوم الآخر يوادون من حاد ا لله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم أو إخوانهم أو عشيرتهم"[2].

وقال تعالى : "يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء تلقون إليهم بالمودة وقد كفروا بما جاءكم من الحق" إلى أن قال : "ومن يفعله منكم فقد ضل سواء السبيل"[3].

[1] - أحكام الوصايا والأوقاف للأستاذ الدكتور / محمد مصطفى شلبى ص ٩٣.

[2] - سورة المجادلة آية رقم٢٢.

[3] - سورة الممتحنة آية رقم ١.

المطلب الرابع

الوصية للمرتد[1]

اختلف الفقهاء فى صحة الوصية للمرتد على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والإمامية والشافعية فى غير الأصح وابن أبى موسى[2] من الحنابلة إلى بطلان الوصية للمرتد[3]، وذلك لأنه قد ورد الأمر بقتل المرتد فلا معنى للوصية له كالوقف عليه.

ويناقش هذا :-

بأن الوقف يراد للدوام وهو مقتول بكفره، بخلاف الوصية فإن مات مرتدا تبين بطلان الوصية.

[1] - الوصية من المرتد تصح : انظر نتائج الأفكار ٤٩٥/١٠.

[2] - هو محمد بن أحمد بن أبى موسى، أبو على الهاشمى القاضى، كان عالى القدر سامىعالى الذكر، له القدم العالى والحظ الوافر عند الإمامين القادر با لله والقائم بأمر ا لله، ولد سنة خمس وأربعين وثلاثمائة، وتوفى فى ربيع الآخر سنة ثمان وعشرين وأربعمائة هجرية.
انظر المنهج الأحمد ١١٤/٢.

[3] - الفتاوى الخانية ٥١٢/٣، مطبعة المتوكل بصر، وقد قال ذلك الأحناف فيما إذا كان الموصى مسلما، أما إذا كان غير مسلم فذلك جائز، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٧/٤، وقد قال الشيخ مصطفى الرماصى : إن الوصية ليست من فعل المرتد حتى تبطل بردته، ، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٤٣/٣، تكملة المجموع للمطيعى ٥١/١٥، المغنى لابن قدامة ٥١٣/٨، اللمعة الدمشقية ٤٤/٢، غير أنهم قالوا : إن المرأة المرتدة تصح الوصية لها.

** وذهب الشافعية فى الأصح عندهم، وأبو الخطاب[1] من الحنابلة إلى صحة الوصية للمرتد[2]، وذلك قياسا على الهبة، فكما تصح الهبة للمرتد تصح الوصية، بجامع أن كلا عقد تبرع.

وقد أخذ القانون فى المادة الخامسة فى المذكرة التفسيرية بقول القائلين بصحة الوصية للمرتد.

[1] - هو أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن أحمد الكلوذانى البغدادى الفقيه أحد أئمة الحنابلة ولد سنة أثنتين وثلاثين وأربعمائة هجرية ببغداد، وتوفى بها سنة عشر وخمسمائة هجرية، ومن مؤلفاته التمهيد فى أصول الفقه.

انظر طبقات الحنابلة ٢٥٨/٢، مختصر الطبقات ٤١٢/٤٠٩، المنهج الأحمد ١٩٨/٢، الأعلام ١٧٨/٦.

[2] - نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤٨/٦، المغنى لابن قدامة ٥١٣/٨.

المبحث السادس

الوصية للوارث

اتفق الفقهاء على جواز الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين.

ثم اختلفوا بعد ذلك فى حكم الوصية للوارث على ثلاثة مذاهب :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والحنابلة فى المذهب والشافعية فى الأصح وبعض المالكية وبعض الزيدية إلى القول بصحة الوصية للوارث ولكن ذلك موقوف على إجازة الورثة، أى أن العقد منعقد صحيح غير نافذ، لأنه موقوف على إجازة الورثة.[1]

** وذهب الظاهرية والإباضية والمالكية فى المشهور عندهم والشافعية فى غير الأصح إلى أن الوصية للورثة باطلة طلقا، سواء أجازها الورثة أم لا، وتكون عند إجازة الورثة لها عطية ابتداء.[2]

[1] - حاشية ابن عابدين ٦٥٦/٦، البحر الرائق ٤٦٠/٨، المغنى لابن قدامة ٣٩٦/٨، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤٨/٦، الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٢٧/٤، البحر الزخار ٣٠٨/٥.

[2] - المحلى لابن حزم ٣٨٦/٩، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤٨/٦، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٧/٤، جواهر الإكليل ٣١٨/٢، شرح النيل ٢١٣/٦، وثمرة الخلاف بين القائلين بصحة الوصية غير أنها يقف نفاذها على إجازة الوارث وبين القائلين ببطلان الوصية وتكون إجازتهم عقدا جديدا له، أن الوصية إذا كانت صحيحة فأجازها الورثة تنفذ، ويكفى فى الإجازة أن يقول الوارث أجزت أو أنفذت، فإذا قال ذلك لزمت الوصية، أما على رأى القائلين بأن الوصية باطلة فإن الإجازة عندهم هبة مبتدأة تفتقر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض، ولو رجع المجيز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض صح رجوعه.

أنظر : المغنى لابن قدامة ٣٩٦/٨.

** وذهب الإمامية وأكثر الزيدية وأبو مسلم الأصفهانى[1] إلى أن الوصية للوارث جائزة وصحيحة ولا تتوقف على إجازة الورثة إذا كانت فى حدود الثلث[2].

الأدلـــــة

استدل القائلون بصحة الوصية إلا أنها موقوفة على إجازة الورثة بما يأتى :-

١- ما رواه الدارقطنى[3] بسنده إلى ابن عباس[4] رضى الله عنهما أنه قال :- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة[5]".

وهذا الحديث ظاهر الدلالة على المدعى، فقوله إلا أن يشاء الورثة استثناء من النفى، والاستثناء من النفى إثبات، فيكون ذلك دليلا على صحة الوصية عند الإجازة.

[1] - هو محمد بن على بن مهر يزيد بن بحر، أبو مسلم الأصفهانى المعتزلى، له مؤلفات منها جامع التأويل لحكم التنزيل فى التفسير على مذهب المعتزلة، وجامع الرسائل، والناسخ والمنسوخ، وقد توفى رحمه الله سنة سبع وخمسين وأربعمائة هجرية.
انظر هدية العارفين ٧١/٦ طبعة دار إحياء التراث العربى بيروت.

[2] - المختصر النافع ١٦٣، رياض المسائل فى تحقيق الأحكام بالدلائل ١٩/٢، البحر الزخار ٣٠٨/٥، والذين ذهبوا إلى هذا القول من الزيدية هم الهادى والناصر وأبو طالب وأبو العباس
انظر : التفسير الكبير للإمام الفخر الرازى ٦٧/٥، طبعة المطبعة البهية بمصر.

[3] - سبق تعريفه.

[4] - سبق تعريفه.

[5] سنن الدارقطنى ١٥٢/٤.

ويناقش هذا :-

بأن هذا الحديث معلول، فقد قيل إن عطاء الذى رواه عن ابن عباس هو الخراسانى[1]، وهو لم يسمع من ابن عباس، وعلى التسليم جدلا بأن الراوى هو عطاء[2] بن أبى رباح لا الخراسانى فذلك غير مفيد أيضا لإخراج أبى داود له فى المراسيل عن طريقه، وذلك يسقطه عن الحجية والاعتبار[3].

٢- وما رواه الدارقطنى بسنده إلى عمرو بن شعيب[4] عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : "لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة[5]".

وجه الدلالة من هذا الحديث كسابقه.

[1] - هو أبو أيوب ويقال أبو عثمان ويقال أبو محمد ويقال أبو صالح عطاء بن أبى مسلم، واسم أبى مسلم عبد الله ويقال ميسرة الأزدى الخراسانى البلخى، سكن الشام، وهو مولى للمهلب بن أبى وهو من كبار التابعين.

صدوق يهم كثيرا ويرسل ويدلس، توفى بأريحاء فحمل ودفن ببيت المقدس، سنة خمس وثلاثين ومائة _ انظر تقريب التهذيب لابن حجر ٣٩٢، تهذيب الأسماء واللغات للإمام النووى ٣٣٥/١.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - فتح البارى شرح صحيح البخارى ٣٨٧/٥، تلخيص الحبير ٣٨٧/٣ طبعة المدينة المنورة، نيل الأوطار للشوكانى ٤٦/٦.

[4] - هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص بن وائل القرشى السهمى الحجازى، الإمام المحدث، فقيه أهل الطائف ومحدثهم، وكان يتردد كثيرا إلى مكة وينشر العلم، حدث عن أبيه فأكثر، توفى سنة ١١٨ مائة وثمان عشرة هجرية بالطائف.

انظر سير الأعلام ١٦٥/٥، تقريب التهذيب ٤٢٣ رقم ٥٠٥٠.

[5] - سنن الدارقطنى ١٥٢/٤.

ويناقش هذا :-

بأن ابن حجر[1] قال عنه إن إسناده واه وهو عند ابن أبى شيبة[2]، وعن مجاهد[3] مرسلا عند الشافعى، وعمرو وبن شعيب[4] نفسه فيه مقال ومختلف فى حديثه عند أئمة الحديث[5].

٣- ما أخرجه الخمسة إلا النسائى بسندهم إلى أبى أمامة[6] الباهلى قال :- سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : "إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث[7]".

[1] - هو أحمد بن على بن محمد العسقلانى المعروف بابن حجر، ولد سنة ثلاث وسبعين وسبعمائة هجرية، له مؤلفات منها فتح البارى شرح صحيح البخارى، وقد شهد له القدامى بالحفظ والأمانة والذكاء المفرط وسعة العلم فى فنون شتى، توفى رحمه الله تعالى سنة اثنتين وخمسين وثمانمائة. انظر التعليقات السنية ١٦.

[2] - عبد الله بن أبى شيبة العبسى مولاهم الكوفى، أبو بكر، من كبار رجال الحديث وحفاظه والمصنفين فيه، وهو صاحب المصنف المشهور باسمه، وهو ثقة ثبت، أخرج له الشيخان وأصحاب السنن إلا الترمذى. انظر تهذيب التهذيب ٦/٢، طبقات الحفاظ ٢/١٨، تاريخ بغداد ١٠/٦٦.

[3] - سبق تعريفه.

[4] - سبق تعريفهما.

[5] - نيل الأوطار ٦/٤٦.

[6] - هو أبو أمامة صدى (بضم الصاد وفتح الدال المهملتين وتشديدالياء ويقال الصدى بالألف كالعباس) عباس بن عجلان بن رباح بن الحارث بن معن بن مالك، وهو منسوب إلى باهلة، وهو من مشاهير الصحابة، روى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مائتا حديث وخمسون حديثا، توفى رحمه الله سنة إحدى وثمانين، وقيل ست وثمانين هجرية بالشام، انظر تهذيب الأسماء والصفات ٢/١٧٦.

[7] - سنن أبى داود ٢/١٠٣، سنن الترمذى ومعه عارضة الأحوذى ٨/٢٧٥، سنن ابن ماجه ٢/٩٠٥، المسند للإمام أحمد ٤/١٨٦. وقال الترمذى : إنه حديث حسن صحيح.

وجه الدلالة من هذا الحديث كسابقه

ويناقش هذا :-

بأن هذا الحديث روى عن طريق إسماعيل بن عياش[1] عن شرحبيل بن مسلم الخولانى[2]، وكلاهما فيه عند علماء الجرح والتعديل ما يوجب التوقيف عن الأخذ بهذه الرواية.

أما إسماعل بن عياش فقد تكلموا فيه، وإنما حسنه الترمذى[3] يرويه عن الشاميين، وقد قوى روايته عن الشاميين خاصة بعض الأئمة.

وكذلك ضعف يحى بن معين[4] رواية شرحبيل بن مسلم الخولانى.

ويجاب عن جميع الاعتراضات التى وردت على هذه الأحاديث بقول ابن حجر العسقلانى[5] حين قال :- إن هذه الأحاديث كلها لا يخلو إسنادها من مقال، لكن مجموعها يقتضى أن للحديث أصلا، بل قال الشافعى[6] : إن متنها

[1] – هو إسماعيل بن عياش بن سليم العنسى بالنون، أبو عتبة الحمصى، صدوق فى روايته عن أهل بلده، مخلط في غيرهم، مات سنة إحدى أو اثنتين وثمانين ومائة وله بضع وسبعون سنة.
انظر تقريب التهذيب ٤٧٣/١٠٩.

[2] – هو شرحبيل بن مسلم بن حامد الخولانى الشامى صدوق لين.
انظر تقريب التهذيب ٢٧٧١ ـ ٢٦٥.

[3] – سبق تعريفه.

[4] – يحيى بن معين بن عون الغطفانى مولاهم، أبو زكريا البغدادى، ثقة حافظ مشهور، إمام الجرح والتعديل، من العاشرة، مات سنة ثلاث وثلاثين ومائتين بالمدينة المنورة وله بضع وسبعون سنة
انظر تقريب التهذيب لابن حجر ٥٩٧.

[5] – سبق تعريفه.

[6] – سبق تعريفه.

متواتر، فقد وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازى من قريش وغيرهم لا يختلفون فى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح لا وصية لوارث، وهو نقل كافة عن كافة فهو أقوى من نقل واحد.

ثم قال الحافظ ابن حجر : الحجة فى هذا إجماع العلماء على مقتضاه[1]، كما صرح بذلك الشافعى، وأبو بكر الرازى[2] الحنفى، فقال : الخبر المأثور عن النبى صلى الله عليه وسلم فى ذلك هو عندنا فى خبر المتواتر واستفاضته وشهرته فى الأمة وتلقى الفقهاء إياه بالقبول.

وقد قال الإمام القرطبى[3] : وإن كان هذا الخبر بلغنا آحادا لكن انضم إليه إجماع المسلمين أنه لا تجوز وصية لوارث[4].

وقال ابن رشد[5] : وأجمعوا كما قلنا أنها لا تجوز لوارث إذا لم يجزها الورثة[6].

[1] – فتح البارى شرح صحيح البخارى ٣٧٢/٥، نيل الأوطار للإمام الشوكانى ٤٦/٦.

[2] – هو أبو بكر أحمد على الرازى الجصاص البغدادى الحنفى، ولد سنة خمس وثلاثمائة هجرية، إليه انتهت رئاسة العلم للحنفية ببغداد، وعنه أخذ فقهاؤها، وقد عد من مجتهدى المذهب، توفى سنة سبعين وثلاثمائة، من مؤلفاته أحكام القرآن.

انظر : طبقات الفقهاء ١٤٤، الفكر السامى ٩٣/٣،٩٤،

[3] – هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبى بكر الأنصارى الأندلسى القرطبى المالكى، من كبار المفسرين كان من عباد الله الصالحين، رحل من قرطبة بالأندلس واستقر بمنية بنى خصيب بصعيد مصر، وتوفى سنة إحدى وسبعين وستمائة هجرية، من مؤلفاته الجامع لأحكام القرآن ـ والتذكرة بأحوال الموتى وأمور الآخرة، والتذكار فى أفضل الأذكار.

انظر الأعلام ٦٢١٧، شذرات الذهب ٣٣٥/٥.

[4] – الجامع لأحكام القرآن ٣٦٣/٢.

٤- ما رواه الدارقطني[١] بسنده إلى ابن عباس[٢] رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : "الإضرار فى الوصية من الكبائر[٣]".

والوصية للوارث إضرار بالورثة فتكون من الكبائر فلا تجوز.

٥- إن الوصية للوارث حيف، والحيف فى الوصية من أكبر الكبائر فلا تجوز، كذلك لا يجوز الوصية بأكثر من الثلث[٤].

٦- إن النبى صلى الله عليه وسلم منع من عطية بعض الأولاد وتفضيل بعضهم على بعض فى حالة الصحة وقوة الملك وإمكان تحقيق العدل بينهم بإعطاء الذى لم يعطه فيما بعد ذلك، لما فيه من إيقاع العداوة والحقد بينهم، وإذا

[٥] – هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الأندلسى المالكى القرطبى، المشهور بالحفيد، قاضى الجماعة بقرطبة، ولد سنة عشرين وخمسمائة هجرية، برع فى الفلسفة والطب والفقه والأصول وعلم الكلام والعربية والأدب، حرص على العلم منذ صغره إلى كبره، حتى قيل إنه لم يدع النظر إلا يوم وفاة والده وليلة بنائه بأهله، كان يفزع إلى فتياه فى الطب كما فزع إلى فتياه فى الفقه، نقل الأوربيون طائفة من مؤلفاته إلى لغتهم، توفى سنة خمس وتسعين وخمسمائة هجرية، من مؤلفاته بداية المجتهد ونهاية المقتصد، والكليات فى الطب، ومختصر المستصفى.

انظر الفكر السامى ٤/٦٣، الأبحاث السامية ٣٣٠،٣٣١.

[٦] – بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٣٢٩.

[١] – سبق تعريفه.

[٢] – سبق تعريفه.

[٣] – سنن الدارقطنى ٤/١٥٢.

[٤] – نصب الراية للزيلعى ٤/٤٠١، نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ١٠/٤١٣.

امتنع ذلك في حال الصحة ففي حال موته أو مرضه وضعف ملكه وتعلق الحقوق به وتعذر تحقيق العدل بينهم أولى وأحرى[1].

ورد هذا :-

بأنه لو سلم أن للحديث أصلا فلا يسلم لهم أن الأمة مجمعة عليه فقد خالف في ذلك الإمامية وأكثر الزيدية وهم من الأمة، مع أن الإجماع هو اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على أمر من الأمور، كما أن ذلك مخالف لقول الله عز وجل "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين"[2].

فهذه الآية تدل على أن الوصية واجبة للوالدين والأقربين.

وأجيب عن هذا من وجهين :-

الوجه الأول :-

أنه لا يسلم أن مخالفة الإمامية وأكثر الزيدية ناقض لإجماع الأمة، وذلك لأن رأي جمهرة العلماء لما كان مستندا إلى عمومات ثبت تخصيصها أو نسخها أو إطلاقات ثبت تقييدها، والمخالف للنصوص الصحيحة الصريحة يكون رأيا ضعيفا لا يقوم على أساس قوي وكان هذا الرأي كعدمه فلا يخل بالإجماع[3].

[1] - المغني لابن قدامة ٣٩١/٨.

[2] - سورة البقرة آية رقم ١٨٠.

[3] - الوصية وأحكامها ١٨٧.

الوجه الثاني :-

أن جمهور الفقهاء يقولون إن هذه الوصية التى ذكرت فى الآية الكرمة كانت واجبة فى أول الإسلام للوالدين والأقربين بحكم آية الوصية ثم نسخت.

وقد اختلف الفقهاء فى ناسخها هل هو آية المواريث أم هو الأحاديث التى رويت فى شأن ذلك، وقيل دل الإجماع على ذلك وإن لم يتعين دليله، وقيل إن الآية نسخت نسخا جزئيا فى بعض ما اشتملت عليه فقد نسخ الله عز وجل منها بآية المواريث الوصية للوالدين والأقربين الذين يرثون، وأبقت الذين لا يرثون.

وقيل إن الآية عامة فيمن يرث من الوالدين والأقربين ومن لا يرث وخصصتها آية المواريث فى الوالدين اللذين لا يرثان[1].

وقد رجح الإمام القرطبى[2] القول بأن آية المواريث لم تستقل بنسخها بل بضميمة أخرى، وهى قوله صلى الله عليه وسلم : "إن الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث"[3]، وقد سبق تفصيل ذلك.

ولكن الرأى الذى أراه أقرب للقبول فى هذا هو ما اختاره الإمام الطبرى[4] وطاووس[5] والحسن البصرى[6] والضحاك[7] وهو أن الآية عامة مخصوصة،

[1] - الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٢٠٩/٢، جامع البيان للإمام الطبرى ٣٨٨/٣.

[2] - سبق تعريفه.

[3] -الجامع لأحكام القرآن ٢٦٢/٢.

[4] - سبق تعريفه.

[5] - سبق تعريفه.

أى أن ظاهرها العموم فيمن يرث من الوالدين والأقربين ومن لا يرثون، وذلك لأن لفظ الوالدين والأقربين يعم الوارث وغيره، إلا أنه خص من يرث بآية الفرائض وبالأحاديث الواردة فى الوصية للوارث، وبقى العموم فى حق من لا يرث من الأقربين فى الوصية على حاله.

ولا يمكن القول بالنسخ لأن من شرائط النسخ أن يكون الحكم المنسوخ سابقا على الحكم المنسوخ به، فتكون آية المواريث ناسخة لقول الله عز وجل : "كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ...." الآية، على تقدير تأخير آيات المواريث عنها، وهذا غير ثابت ولا يمكن المصير إليه.

يضاف إلى ذلك أن النسخ لا يلجأ إليه إلا عند تعذر الجمع بين الآيتين، أما إذا أمكن الجمع فلا ضرورة لنسخ، وهنا يمكن الجمع والتوفيق بين الآيتين وذلك بقصر آية الوصية على الوالدين والأقربين الذين لا يرثون، أما الذين يرثون منهم فإن حكمهم فى آية الفرائض، وأحاديث الوصية للوارث وفى هذا إعمال لجميع النصوص.

واستدل القائلون بأن الوصية للوارث باطلة مطلقا، وتكون عند إجازة الورثة لها عطية ابتداء، وذلك لما روى "أنه لا وصية لوارث".

[٦] – سبق تعريفه.

[٧] – هو الضحاك بن أبى حبير، وقيل أبو حبيرة الضحاك، روى عنه الشعبى، واختلف فيه على الشعبى. انظر : الاستيعاب ٢/٧٤٠.

وإذا كان الله عز وجل قد منع من ذلك فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله تعالى.

ويناقش هذا : من وجهين :-

الوجه الأول :-

أنه قد ورد في بعض الأحاديث قوله صلى الله عليه وسلم "إلا أن يجيز الورثة" وهذا استثناء والاستثناء من النفي إثبات، فيكون ذلك دليلا على صحة الوصية عند الإجازة.

الوجه الثاني :-

أن منع الوصية للوارث كان لحق الورثة، وقد أجازوا الوصية فأسقطوا حقهم.

وأن منشأ الخلاف بين هؤلاء وبين من يقولون بصحة الوصية للوارث إلا أنها موقوفة على إجازة الورثة هو هل المنع لعلة الورثة، أو أن المنع عبادة؟ فمن قال : إن المنع عبادة قال لا تجوز الوصية لوارث ولو أجازها الورثة لأنهم أسقطوا حقهم برضاهم، فارتفع المانع من صحة الوصية أو نفاذها[1].

واستدل القائلون بجواز الوصية للوارث بما يأتي :-

[1] - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٣٣٤.

١- قول الله تبارك وتعالى - "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين[١]".

وجه الدلالة من هذه الآية :-

أن الله عز وجل أوجب الوصية للوالدين والأقربين، وهما أقرب الناس إلى المتقين، وإذا سلمنا بنسخ الوجوب فلا يستلزم ذلك نسخ الجواز، فتكون الوصية جائزة وصحيحة لهما ولا تتوقف على إجازة الورثة.

ونسخ هذه الآية لم يثبت عندهم، وأما النصوص الواردة بخلافها فمع ما ورد عليها من اعتراضات ومع قصور أسانيدها جملة فهى محمولة على الوصية التى تزيد عن الثلث فإنها توقف على إجازة الورثة لها.

ويناقش هذا :-

بأن هذا الكلام لا يسلم، وذلك لما ثبت من كلام العلماء بأن هذه الآية إما منسوخة وبينوا الناسخ لها، وإما عامة مخصوصة، وقد سبق ذكر ذلك.

وأما حملهم الأحاديث الدالة على منع الوصية للوارث على ما زاد عن الثلث فهو تكلف واضح وغير مقبول، لأن كلمة "وصية" الواردة فى الحديث نكرة فى سياق النفى فتعم الوصية فى الثلث وما زاد عن الثلث.

[١] - سورة البقرة آية رقم ١٨٠.

٢- كذلك استدلوا بالأحاديث المطلقة الدالة على صحة الوصية، ومنها ما رواه البخارى[١] ومسلم بسنديهما إلى ابن عمر[٢] رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :- "ما حق امرئ مسلم يبيت ليتين وله شئ يريد أن يوصى فيه إلا ووصيته مكتوبة عنده[٣]".

وما رواه البخارى ومسلم وغيرهما بسندهم إلى سعد[٤] بن أبى وقاص رضى الله عنه أنه قال :- "جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى، فقلت : يارسول الله إنى قد بلغ بى من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال ولا يرثنى إلا ابنة لى أفأتصدق بثلثى مالى؟ قال :- "لا"، قلت : فالشطر يارسول الله؟ قال : "لا"، قلت : فالثلث؟ قال : "الثلث والثلث كثير أو كبير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس[٥]".

فقد استدلوا بإطلاق هذه الأحاديث على صحة الوصية دون توقف على إجازة الورثة.

ويناقش هذا :-

بأن هذه الإطلاقات ثبت تقييدها بالأحاديث السابقة التى تبين أنه لا وصية لوارث والإجماع.

[١] - سبق تعريفه.

[٢] - سبق تعريفه.

[٣] - صحيح البخارى ٢/٤، صحيح مسلم ١٢٤٩/٣.

[٤] - سبق تعريفه.

[٥] - فتح البارى شرح صحيح البخارى ٣٥٨/٥، صحيح مسلم ٧٢/٥.

الرأى المختار :

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الوصية لوارث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة هو الأولى بالقبول لما ذكروه، ولأن رأيهم هذا إعمال لجميع الأدلة الواردة فى هذا الشأن، وإعمال جميع الأدلة خير من إهمال بعضها، وبناء على هذا الترجيح لابد أن نبين متى تكون إجازة الورثة للوصية وشروط المجيز :-

إن وقت إجازة الورثة يكون بعد موت الموصى أما قبل موته فلا عبرة بإجازتهم أو ردهم، وذلك لأن ثبوت الملك بالوصية وتنفيذها يكون بعد موت الموصى، ويشترط فى الموصى أن يكون من أهل الإجازة بأن يكون بالغا عاقلا عالما بما يجيز وقدر المال الموصى به، فلا تصح إجازة من الطفل ولا المجنون ولا الجاهل بقدر الموصى[1] به.

[1] – فإن كانت الوصية عينا كالعمارة الفلانية مثلا وقالوا بعد إجازتهم ظننا كثرة المال وأن المنزل خارج من ثلثه فبان قليلا أو تلف بعضه أو كان دين على الميت، صحت إجازتهم فيه ولا يقبل قولهم، لأن العمارة معلومة ولا حاجة له فيها، فإن كانت الوصية بغير معين وادعى المجيز الجهل بقدر التركة، كأن قال كنت اعتقدت قلة المال، وقد بان خلافه، صدق بيمينه فى دعوى الجهل، إن لم تقم بينه بعلمه بقدر المال عند الإجازة، وتنفذ الوصية فيما ظنه، فإن أقيمت بينة على علمه بقدر المال عند الإجازة لم يصدق ونفذت الوصية فى الجميع، والعبرة فى كون للموصى له وارثا أو غير وارث يوم موت الموصى هذا باتفاق الأئمة الأربعة.

تبيين الحقائق ٦/١٨٢، مطالب أولى النهى ٤/٤٥٣، السراج الوهاج ٣٣٧.

وقد جاء فى القانون فى مادته السابعة والثلاثين ما يأتى :-

تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره، وتنفذ من غيرإجازة الورثة، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه، وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة[1].

وهذا النص يدل على جواز الوصية بالثلث للوارث وغيره مع نفاذها من غير توقف على إجازة الورثة وترك العمل بما كان مقررا قبل صدور القانون فى المحاكم الشرعية المصرية وهو عدم جواز الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة.

ولقد رد عليهم الشيخ أبو زهرة رحمه الله فقال : إن القانون فى هذا الجزء يخالف ما كان عليه المسلمون من أقدم العصور إلى اليوم من غير حاجة واضحة إلى هذه المخالفة، وأن هذه المخالفة تنتهى إلى مخالفة قسمة الله العادلة فى المواريث من غير مبرر، كما أن هذا الجزء من القانون يثير البغضاء بين آحاد الأسرة، لأنه سيوغر صدور من لم ينالوا ما نال ذو الحظوة، وأنه لن يكون سبيل عدل بل سيكون فى أكثر أحواله لغير العدل ولغير ذى الحاجة[2].

[1] - شرح قانون الوصية ص ٢٨٠.

[2] - شرح قانون الوصية ص ٧٣.

المبحث السابع

الوصية للقاتل

اتفق الفقهاء على أن قتل الموصى إن كان بحق، كالقتل قصاصا أو حدا أو دفاعا عن النفس وما إلى ذلك فإنه لا يمنع من صحة الوصية للقاتل.

ثم اختلفوا بعد ذلك فى حكم الوصية للقاتل بغير حق على ثلاثة مذاهب :-

** فذهب الحنفية والزيدية والإباضية والشافعية فى وجه والحنابلة فى قول وبعض الإمامية إلى عدم جواز الوصية للقاتل[1]، سواء كان موت الموصى بعد الوصية، كأن يوصى شخص لآخر ثم يقتله بعدما أوصى له، أو كان القتل قبل الوصية، كأن يضرب شخص آخر ضربة جارحة ثم يوصى المضروب للضارب وبعد الوصية يموت.

[1] - وعند الحنفية سواء كان القتل عمدا أو خطأ، إذا كان القتل بغير حق وعن طريق المباشرة، أما القتل بسبب فلا يؤثر فى الوصية، كما لو حفر بئرا فسقط فيها الموصى فلا يمنع ذلك من الوصية راجع بدائع الصنائع ٤٨٥٧/١٠، نتائج الأفكار ٤٢١/١٠.

وعند الزيدية :- القتل المؤثر هو العمد، والمذهب عندهم القتل الخطأ لا تبطل به الوصية، البحر الزخار ٣١١/٥.

وعند الإباضية :- المانع من الوصة القتل مطلقا، سواء كان عمدا أو خطأ، فكل قتل لا يحل يؤثر فى الوصبة عندهم.

شرح النيل وشفاء العليل ٢١٣/٦.

وعند الحنابلة والشافعية :- أنه لافرق ين القتل العمد والخطأ سواء كان بالمباشرة أو بالتسبب فكل هذا يمنع من صحة الوصية، لأن الشأن فى الإنسان أنه لا يحسن إلى من أساء إليه.

نهاية المحتاج شرح للنهاج ٤٨/٦، قليوبى وعميرة ١٥٩/٣، المغنى لابن قدامة ٥٢٢/٨.

** وذهب الشافعية فى الراجح والإمامية فى المشهور والحنابلة فى قول[1] إلى صحة الوصية للقاتل ولو كان القتل عمدا مطلقا، أى سواء تقدمت الوصية على القتل أم تأخرت عنه.

** وذهب المالكية والحنابلة فى المذهب والشافعية فى وجه وبعض الإمامية إلى التفصيل، فقال الحنابلة ومن وافقهم إن وقع القتل بعد الوصية فإن الوصية لا تصح، وإن كان القتل قبل الوصية فإن الوصية تصح، سواء أكان القتل عمدا أم[2] خطأ.

وقال المالكية :- إن الموصى إذا علم بأن فلانا هو الذى ضربه ثم أوصى إليه، أو كان قد أوصى له و لم يغير الوصية مع علمه بذلك صحت الوصية عندهم.

أما إذا لم يعلم الموصى الضارب له إما لموته من الضربة فورا، وكان قد أوصى له سابقا، أو أنه لم يمت من الضربة فورا ولكن بقى على جهله بضاربه ثم أوصى له فتبطل الوصية فى هذه الصورة، لأن الموصى لو علم أن هذا قاتله لم يوص له، لأن الشأن أن الإنسان لا يحسن لمن أساء إليه، وإن كان يظهر أن بعض المالكية قد ذهب فى صورة وصيته بعد ضربه وبقائه على جهله بضاربه إلى القول بصحتها[3].

[1] – نهاية المحتاج شرح المنهاج ٤٨/٦، مغنى المحتاج ٦٢/٣، المغنى لابن قدامة ٥٢١/٨، شرائع الإسلام ١٤١.

[2] – المغنى لابن قدامة ٥٢١/٨.

[3] – انظر : الشرح الكبير للإمام الدردير مع حاشية الدسوقى ٤٢٦/٤.

الأدلــــة

استدل القائلون بأن القتل مطلقا يمنع من الوصية بما يأتى :-

١- ما رواه الدارقطنى[1] والبيهقى بسنديهما إلى عمر بن الخطاب رضـى الله عنـه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : "لا وصية لقاتل" وفى روايـة ليس لقـاتل وصية[2]"، وهذا مطلق، فيتنـاول القـاتل مباشـرة عمـدا كـان أو خطـأ، وسـواء كانت الوصية سابقة عليه أو لاحقة له.

ويناقش هذا من وجهين :-

الوجه الأول :-

أن هذا الحديــث ضعيـف لأن فـى سـنده مبشـر بـن عبيـد[3] وهـو مـتروك الحديث، لأنه يضع الحديث[4].

الوجه الثاني :-

على فرض صحته جدلا فإنه معارض بإطلاق قول الله تبارك وتعالى "مـن بعد وصية يوصى بها أو دين[5]".

[1] - سبق تعريفه.

[2] - سنن الدارقطنى ٤/٩٥، السنن الكبرى للبيهقى ٨/١٣٥.

[3] - مبشر بن عبيد الحمصى، أبو حفص، كوفى الأصل، متروك، رماه أحمد بالوضع، من السابعة، له فـى ابن ماجه حديث واحد، انظر تقريب التهذيب لابن حجر ٥١٩.

[4] - نصب الراية للزيلعى ٤/٤٠٢.

[5] - سورة النساء آية رقم ١١.

وبعموم قول النبى صلى الله عليه وسلم : "إن الله قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم[1]".

وأجيب على هذا :-

بأن هذا الحديث مقيد للإطلاق الذى جاء فى الكتاب والسنة فى هذا الشأن.

ورد على هذا :-

بأن هذا التقييد يتصور عند ثبوت تأخر ورود حديث "لا وصية لقاتل" عن ورود ذلك المطلق، وهو ليس بثابت، فإذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضا فيتساقطا فى حق الوصية للقاتل، فكيف يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل؟.

٢- إن القاتل قد استعجل ما أخره الله تعالى، فيحرم من الوصية كما يحرم من الميراث.

ويناقش هذا من وجهين :-

الوجه الأول :-

بأن حرمان الإرث لا يستلزم بطلان الوصية، كما فى اختلاف الدين، فإنه يمنع الميراث ولا يمنع الوصية.

[1] - سنن الدارقطنى ١٥٠/٤، شرح معانى الآثار للطحاوى ٣٧٩/٤، وطرقه كلها ضعيفة، وقد سبق ذكر ذلك إلا أنه تؤيده أدلة أخرى.

الوجه الثاني :-

أن قياس الوصية على الميراث قياس مع الفارق فلا يصح، وذلك لأن الوصية عقد من العقود يحتاج إلى قبول فأشبه البيع الذى لا يبطل بالقتل، بخلاف الميراث فإنه لا يحتاج إلى قبول من الوارث، وينقل إليه جبرا عنه.

وهؤلاء الذين يقولون ببطلان الوصية للقاتل اختلفوا فيما بينهم فيما إذا كان هذا البطلان لحق الموصى فيكون الشرط شرط صحة، أم هو لحق الوارث فيكون الشرط شرط نفاذ على مذهبين :-

** فذهب أبو حنيفة[1] ومحمد بأن المنع لحق الورثة[2]، فهى موقوفة على إجازتهم، فإذا أجازوها، أو لم يكن للموصى المقتول وارث سوى القاتل نفذت الوصية، وإن لم يجيزوها بطلت، وذلك لأن المنع لحق الورثة دفعا للغيظ عنهم، حتى لا يشاركهم فى ماله من سعى فى قتله، ولأن نفع بطلانها يعود إليهم.

** وذهب أبو يوسف[3] وبقية الفقهاء القائلين ببطلان الوصية للقاتل إلى أن المنع لحق الموصى، فالقتل يبطل الوصية، ولا تصح بإجازة الورثة، ولأن علة الحرمان جنايته التى ارتكبها والحرمان عقوبة له.

[1] - سبق تعريفه.

[2] - ويشترط فى مجيز الوصية للقاتل أن يكون كبيرا عاقلا، فلا تصح إجازة الصبى ولا المجنون. كما يشترط فى القاتل أن يكون عاقلا بالغا، فإن كان صغيرا أو مجنونا لم يؤثر قتله للموصى فى الوصية.

[3] - سبق تعريفه.

ولكن ما ذهب إليه أبو يوسف ومن وافقه بأن المنع لحق الموصى هو الأولى بالقبول، وذلك لقوة دليلهم، ولأن المنع إذا كان لحق الورثة كى يندفع غيظهم وأن إجازتهم ترفع ذلك فإنه يلزم من ذلك القول بذلك فى الميراث أيضا فلا يحرم القاتل من الميراث إذا رضى جميع الورثة على ميراثه، وأيضا إذا لم يكن للمقتول وارث سوى القاتل، ولكن الأمر خلاف ذلك، لأن سبب حرمان القاتل من الميراث هو صدور الجناية منه وهى القتل بدون حق، وذلك يستدعى العقوبة بأبلغ الوجوه، وقد جعلها الشرع حرمانه من الميراث، والموصى له القاتل يشاركه فى هذا المعنى، ولقوة رأى أبى يوسف فقد قيد بعضهم الخلاف بينه وبين أبى حنيفة ومحمد بما إذا لم يكن القتل عمدا بعد الوصية، فإذا كان كذلك فإن الوصية تعتبر لاغية اتفاقا[1].

واستدل القائلون بصحة الوصية ولو كان القتل عمدا مطلقا أى سواء تقدمت عليه أو تأخرت عنه بما يأتى :-

١- قول الله تبارك وتعالى "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين".

وقوله تعالى "من بعد وصية يوصى بها أو دين"

و لم يفرق فى هذه الآيات بين القاتل وغيره، والمنع يحتاج إلى دليل، وليس هناك دليل صحيح يبين منع القاتل من الوصية.

[1] - تبيين الحقائق ١٨٢/٦، حاشية ابن عابدين ٦٥٥/٦.

٢- إن الوصية تمليك بعقد فأشبه الهبة وخالفت الإرث، والقتل لا يبطل الهبة فلا يبطل الوصية.

ونوقش هذا :-

بأن قياس الوصية على الهبة قياس مع الفارق فلا يصح، وذلك لأن كون القتل لا يؤثر فى الهبة لأنه حدث بعد تمامها واستفادة الملك بها، بخلاف الوصية فإن الملك لا يثبت بها إلا بعد موت الموصى، فيكون القتل سابقا على وقت الملكية، ولذلك فإنه يؤثر فى الوصية، فكان جزاؤه هو حرمانه من الموصى به الذى استعجله بقتل الموصى.

يضاف إلى ذلك أن الوصية استخلاف من وجه، فتصح بلا قبول حين يتعذر صدوره، كما فى الوصية للجنين بخلاف الهبة والبيع. واستدل القائلون بالتفصيل بين ما إذا كان القتل مقدما على الوصية فتصح، وبين ما إذا تأخر عنها فتبطل وهم الحنابلة والشافعية فى وجه وبعض الإمامية بأنه إذا كان الجرح بعد الوصية فالظاهر أن الموصى نادم على وصيته راجع عنها، وإذا كانت الوصية بعد الجرح فلم يوجد بعد الوصية ما يدل على الرجوع عنها بل الظاهر أنه قصد الانتداب إلى ما ندب إليه وهو مقابلة السيئة بالإحسان، يضاف إلى ذلك أنه إذا كان جرح الموصى بعد الوصية فالموصى له قصد الاستعجال فى تلك الجراحة ولا بعد الوصية فبقيت الوصية على حالها.

ويناقش هذا :-

بأن الشأن فى الإنسان أنه آخر حياته وبعد الضرب يميل للتسامح والإحسان إلى من أساء إليه وإمضاء وصيته مضاعفة لأجره وتكثيرا لثوابه لأنه يعلم أنه قادم على الحياة الأخرى ولا ينفعه فيها إلا العمل الصالح والإكثار منه، فلا يصح إبطالها، ودليل المالكية الذين يقولون إن كان الموصى يعلم بمن ضربه ثم أوصى له أو أوصى له ثم ضربه وعلم به وأمضى وصيته فى هذه الحالة كيف يقال إن وصيته باطلة، والحال أن الموصى قد اختار أمرا غاية فى النبل، وطريقا غاية فى السمو والترفع عن مقابلة الإساءة أو منع الصلة له واختار أن يقابل الإساءة بالإحسان فى أجلى صوره وأبرز معانيه حين يوصى أو يمضى الوصية لمن ضربه وهو عالم بذلك.

وإن كان الموصى لا يعلم بمن ضربه فلا يصح إبطال الوصية على احتمال أنه إن علم بمن ضربه لم يوص له، على أن إبطال الوصية فى أى حال من الحالات يترتب عليه حرمان الموصى من الأجر وفيه إضرار به، كما أن الشرع قد وضع عقوبة كافية للقتل فلا حاجة إلى عقوبة أخرى إلا إذا كثرت حوادث القتل واتخذت ذريعة لاستعجال الحصول على الوصية فلولى الأمر أن يحد من هذا عن طريق الحرمان من الحصول على الوصية أو إمضائها عقوبة فضلا عن العقوبة الموضوعة للقتل بعقوبة مالية مساوية للوصية أو أكثر منها[1].

[1] - الوصية وأحكامها ص ١٧٥.

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه القائلون بصحة الوصية للقاتل هو الأولى بالقبول لما ذكروه، ورد أدلة المخالفين، يضاف إلى ذلك أنه إذا اتخذ القتل ذريعة لاستعجال الحصول على الموصى به فينبغى على الحاكم فرض عقوبة مالية على الأقل تساوى مقدار الوصية أو تزيد عليها، رعاية لمصلحة المجتمع وحماية له من الأدنياء وضعاف النفوس، مع إمضاء الوصية، رعاية لمصلحة الموصى باحترام وصيته وتكثيرا لثوابه.

وجاء فى القانون فى المادة السابعة عشرة أنه "يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو الموروث عمدا، سواء أكان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر، وكان القاتل عاقلا بالغا من العمر خمس عشرة سنة، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى[1].

[1] - شرح قانون الوصية ص ٢٧٥.

المبحث الثامن

أهلية الموصى له للتملك

اختلف الفقهاء فى اشتراط كون الموصى له أهلا للتملك على مذهبين :-

** فذهب الحنفية والشافعية إلى أنه يشترط فى الموصى له أن يكون ممن يتأتى له الملك بنفسه إن كان مكلفا أو لوليه إن كان صبيا أو مجنونا ونحوهما، وبناء على ذلك لا تجوز الوصية للدابة، لأنها غير أهل للتملك إلا إذا كان الغرض صاحبها أو علفها، فإن كانت لعلفها اعتبرت الوصية لجهة بر، وذلك لأن إطعام الحيوان والرفق به من جهات البر، غير أنهم اشترطوا لصحة الوصية أن يقبلها مالك الدابة، لأنه المقصود بالوصية فى هذه الحالة، أو أن يقول أو صيت بهذا التبن ليعلف به دابة فلان فإنه يجوز[1].

** وذهب المالكية والحنابلة إلى القول بعدم اشتراط التملك فى الموصى له، وبناء على ذلك قالوا بصحة الوصية لفرس فلان أو دابته وإن لم يقبل فلان الوصية، ويصرف الموصى به فى علفه لقصد الموصى ويتولى الإنفاق عليه الوصى أو القاضى لا صاحب الفرس[2]، هذا عند الحنابلة.

وأجاز المالكية ذلك بناء على قولهم بجواز الوصية للمعدوم.

[1] – حاشية ابن عابدين ٦٦٣/٦، قليوبى وعميرة ١٥٨/٣.

[2] – كشاف القناع للبهوتى ٣٦٥/٤، الإنصاف للمرداوى ٣٤٦/٧، جواهر الإكليل ٣١٧/٢.

ولقد وافق القانون رأى المالكية فى جواز الوصية للمعدوم، فصحح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا، كالوصية للمستشفى الذى سيوجد فى الحى الفلانى، إلا أنه قضى ببطلان الوصية عند تعذر وجود تلك الجهة، وذلك لانعدام ما كان محلا لها. فقد جاء فى مادته الثامنة ما نصه : تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية[1].

وصية السيد لعبده :

اتفق الفقهاء على صحة الوصية بالتدبير، وبعتق المدبر بعد موت سيده.

ثم اختلفوا بعد ذلك فى صحة وصية السيد لعبده بشئ من ماله أو بدراهم أو دنانير معينة على ثلاثة مذاهب :-

** فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة فى المذهب والثورى[2] وإسحاق[3] إلى أنه لا تجوز وصية السيد لعبده بشئ من ماله، لأنه يشترط عندهم فى الموصى له أن لا يكون مملوكا للموصى لأنه إذا أوصى إلى عبده فكأنما أوصى إلى نفسه، لأن العبد ملك للورثة فما أوصى به فهو لهم، فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه، فلا فائدة فى وصيته، والوصية للوارث لا تجوز[4].

[1] - شرح قانون الوصية ص ٢٧٤.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - سبق تعريفه.

[4] - المغنى لابن قدامة ٥١٩/٨، نتائج الأفكار ٤٦٤/١٠.

** وذهب المالكية والظاهرية والزيدية وأحمد[1] فى رواية وأبو ثـور[2] إلى أن وصيـة السيد لعبـده صحيحـة[3]، وذلـك لقـول النبـى صلـى ا لله عليـه وسـلم "إن ا لله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيـادة فـى أعمـالكم فضعـوه حيث شئتم" فقد أفاد هذا الحديث أن للموصـى أن يضـع وصيتـه حيـث شـاء وقد شاء أن يعطيها لعبده، يضاف إلى ذلك أن الوصية لها شبه بالإرث والهبـة، وإعطاؤها لعبده يجعل شبهها بالهبة قوى لا سـيما وأن الوصيـة تمليـك مضـاف إلى ما بعد الموت، وإعطاؤها للعبد مساعدة له على عتقه، ولا يمكن أن يتوقف ذلك على إجازة الورثة لأن إخراج ما أوصى بـه الموصـى مقـدم علـى تقسـيم التركة، وإذا آلت الوصية إلى العبد عتق فلا يدخل فى ضمن التركة.

** وذهب الحسن[4] وابـن سـيرين[5] إلى أن صحـة الوصيـة إلى العبـد تتوقـف علـى إجازة الورثة، لأن العبد وما ملكت يداه لسيده فإن أجازوها نفـذت لـه، وإن لم يجيزوها بطلت وردت إليهم[6].

[1] – سبق تعريفه.

[2] – سبق تعريفه.

[3] – المدونة الكبرى ٢٧/٦، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ٥٨/٦، المهذب للشيرازى ٤٥٢/١، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٣٤٢/٧، المحلى لابن حزم ٣٢٨/٩، البحر الزخار ٣١٠/٥.
لكن الظاهرية قالوا : إن الوصية صحيحة، ولا يعتق عبد الموصى بذلك، ولوارث الموصى أن ينتزع من عبده ما أوصى له به.
فلو أوصى لعبده بثلث ماله أعطى سائر ما بقى من مال الموصى بعد إخراج العبد عن ماله، ولا يعتق بذلك.

[4] – سبق تعريفه.

ولقد اختلف الفقهاء أيضا فيما إذا أوصى السيد لعبده بثلث ماله ولكن ضاق هذا الثلث عن عتق العبد فهل يعتق أم - لا؟

اتفق الفقهاء القائلون بصحة الوصية للعبد على أنه يعتق من العبد على قدر الوصية.

واختلفوا فى عتق باقيه على مذهبين فى الجملة :-

** فذهب جمهور الفقهاء القائلين بصحة الوصية للعبد إلى أنه يعتق باقى العبد، ويسعى فى بقية قيمته.[1]

** وذهب الظاهرية إلى أن الوصية صحيحة ولكن لا يعتق بها، وهذا تناقض ظاهر[2].

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى أن من ذهب إلى صحة الوصية للعبد وأنه يعتق من العبد بقدر هذه الوصية ويسعى فيما بقى عليه للورثة هو الأولى بالقبول، وذلك لأن

[5] - أبو بكر محمد بن سيرين البصرى، كان أبوه مملوكا لأنس فكاتبه فوفاه، كان من أفضل أهل زمانه علما وورعا وجرأة فى قول الحق، وهو حجة، وكان يعبر الرؤيا، وكان بزازا وحبس بدين كان عليه، وولد له ثلاثون ولد من امرأة عربية، ولم يبق منهم غير عبد الله، توفى سنة عشر ومائة هجرية. انظر : وفيات الأعيان ١٨١/٤، سير أعلام النبلاء ٦٠٦/٤، طبقات ابن سعد ١٩٣/٧.

[6] - المغنى لابن قدامة ٥١٩/٨.

[1] - نتائج الأفكار ٤٦٤/١٠، المدونة الكبرى ٢٨/٦، المغنى لابن قدامة ٥١٩/٨، البحر الزخار ٣١٠/٥.

[2] -المحلى لابن حزم ٣٢٨/٩.

الأصل حمل كلام العقلاء على مابه يصح وهو أولى من حمله علـى مـا بـه يبطـل، ولأن عتق بعض العبد يؤدى إلى عتق كله بطريق الســراية، وفـى هـذا نفـع للعبـد بتحريره وللسيد بعدم إهدار كلامه، وفى نفس الوقت لم نبطل حـق الورثـة، بـل يجبر العبد على السعاية فيما بقى من قيمته.

الفصل الربع

الموصى به وشروطه

الموصى به هو المحل الذى يظهر فيه أثر الصيغة الخاصة بالوصية وهو محل التمليك بعد موت الموصى.

ومحل التمليك قد يكون مالا، وقد يكون حقا من الحقوق، والمال قد يكون مالا حقيقة كالأعيان، وقد يكون مالا حكما كالمنافع، وسوف أتناول ذلك بالتفصيل فى المباحث الثلاثة التالية.

المبحث الأول

الوصية بالأعيان

لقد اشترط الفقهاء لصحة الوصية بالأعيان شروطا كثيرة ما بين متفق عليها ومختلف فيها، وسوف أوضح ذلك فى خمسة مطالب :

المطلب الأول

زيادة الموصى به على الثلث

اتفق الفقهاء على أن الوصية إذا كانت فى حدود الثلث أو أقل من ذلك فإنها تكون صحيحة ونافذة ولا تتوقف على إجازة أحد من الورثة، طالما أن مال الموصى يسع ديونه[1].

[1] – تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٢/٦، جواهر الإكليل ٣١٨/٢، قليوبى وعميرة ١٦١/٣، كشاف القناع للبهوتى ٣٤٠/٤، البحر الزخار ٣١٩/٥، المحلى لابن حزم ٣١٧/٩، شرح النيل ١٢٩/٦.

وبناء على ذلك إذا وقعت فى حدود ثلث المال فإنها تنفذ بعد سداد ديون الموصى وتجهيزه من غير توقف على إجازة الورثة وذلك لما يأتى :-

١- ما رواه البخارى ومسلم بسنديهما إلى سعد بن أبى وقاص[١] رضى الله عنه أنه قال :- جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى، فقلت : يا رسول الله إنى قد بلغ بى من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال ولا يرثنى إلا ابنة لى، أفأتصدق بثلثى مالى؟ قال : "لا"، قلت : فالشطر يا رسول الله؟ قال : "لا"، قلت : فالثلث؟ قال : "الثلث، والثلث كثير أو كبير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس[٢]".

وجه الدلالة من هذا الحديث :-

فى هذا الحديث يبين رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الوصية لا تزيد عن الثلث، بل قال "والثلث كثير" وهذا دليل على أن الثلث نهاية مقدار الوصية التى يؤذن للموصى أن يوصى بها من ماله.

٢- ما رواه الدارقطنى بسنده إلى معاذ[٣] بن جبل رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال :- "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم[٤]".

وهذا الحديث ظاهر الدلالة على المدعى.

[١] - سبق تعريفهما.

[٢] - سبق تخريجه.

[٣] - سبق تعريفهما.

[٤] - سبق تخريجه.

٣- ما رواه مسلم[١] بسنده إلى مصعب[٢] بن سعد عن أبيه قال مرضت فأرسلت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقلت : دعنى أقسم مالى حيث شئت، فأبى، قلت : فالنصف، فأبى، قلت فالثلث، قال : فسكت بعد الثلث جائزا[٣]" أى كان الإيصاء بالثلث بعد مسئلة سعد جائزا أى نافذا.

وإننى سوف أتناول الوصية إن زادت عن الثلث وكان للموصى من يرثه، أو لم يكن له وارث، وحقيقة الإجازة وشروط المجيز ووقت الإجازة ووقت تقدير الثلث فى النقاط التالية بمشيئة الله تعالى.

أ ـ زيادة الوصية عن الثلث مع وجود الوارث

إذا زادت الوصية عن الثلث وكان للموصى من يرثه فإن الفقهاء اختلفوا فى حكمها على ثلاثة مذاهب :-

[١] - سبق تعريفه.

[٢] - هو مصعب بن أبى وقاص الزهرى، أبو زرارة المدنى، ثقة، أرسل عن عكرمة بن أبى جهل، مات سنة ثلاث ومائة هجرية.

انظر : تقريب التهذيب ٦٦٨٨/٥٣٣، تهذيب الأسماء واللغات ٩٦،٩٥.

[٣] - صحيح مسلم ٧٢/٥.

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية فى قول والزيدية والإمامية فى المشهور والمالكية فى المشهور إلى أن الوصية إذا زادت عن الثلث وكان للموصى من يرثه فإنها تكون صحيحة موقوفة على إجازة الورثة.[١]

** وذهب الظاهرية والمالكية والشافعية فى قول إلى بطلان هذه الوصية، سواء أكان له وارث أم لا.[٢]

** وذهب الإباضية وبعض الإمامية إلى صحة الوصية بأكثر من الثلث، ولا تتوقف على إجازة الورثة، سواء كان له وارث أو لم يكن.[٣]

الأدلة

استدل القائلون بأن الوصية إذا زادت عن الثلث كانت صحيحة موقوفة على إجازة الورثة بما يأتى :-

١- قول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث سعد بن أبى وقاص[٤] :"الثلث، والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس"[٥].

[١] - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٢/٦، قليوبى وعميرة ١٦١/٣، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٥٣/٦، منتهى الإرادات ٣٨/٢، كشاف القناع للبهوتى ٣٤٠/٤، البحر الزخار ٣١٩/٥، المختصر النافع للحلى ١٣٩، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٧/٤.

[٢] - المحلى لابن حزم الظاهرى ٣١٧/٩، فقد قال لاتجوز الوصية بأكثر من الثلث، كان له وارث أم لم يكن له وارث، أجاز الورثة أو لم يجيزوا، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٧/٤.

[٣] - شرح النيل ٣١٧/٦، المختصر النافع ١٣٩.

[٤] - سبق تعريفه.

[٥] - سبق تخريجه.

فهذا يدل على أن للموصى الثلث وأن الباقي من حق الورثة، فيوقف على إجازتهم، لأنهم أصحاب الحق، لأن المنع إنما كان مراعاة لحقهم، فإذا أسقطوه بإجازتهم سقط وصحت الوصية.

٢- ما روى عن أبي عبد الله الصادق[1] في رجل حضره الموت فأعتق مملوكا ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه؟ قال :- ما يعتق منه سوى ثلثه وسائر ذلك الورثة أحق بذلك ولهم ما بقى[2].

واستدل القائلون ببطلان الوصية سواء كان له وارث أو لم يكن له بما يأتي :-

١- ما رواه سعد بن أبي وقاص[3] عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في نهاية الحديث "الثلث، والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس".

وجه الدلالة من هذا :-

أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أجاز الوصية بالثلث فقط مع نهيه عن الوصية بالزائد عليه، فكون الوصية بالزائد ارتكابا لما نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم فيكون باطلا، ولا تأثير لإجازة الورثة لما أبطله الشرع.

[1] - هو جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي، أبو عبد الله المعروف بالصادق، صدوق فقيه إمام، مات سنة ثمان وأربعين ومائة هجرية.

انظر : تقريب التهذيب ١٤١/٩٥٠.

[2] - تهذيب الأحكام ٤٠١/٢ طبعة طهران.

[3] - سبق تعريفه.

ويناقش هذا من وجهين :-

الوجه الأول :-

لا نسلم لكم بأن الزائد عن الثلث منهى عنه.

الوجه الثانى :-

على فرض التسليم بأنه منهى عنه، فإن اقتضاء النهى للفساد والبطلان أمر غير متفق عليه بين العلماء، لأنه إذا لم توجد قرينة تدل على أن النهى لمعنى فى عين المنهى عنه كان النهى لمعنى فى غيره، فيكون الأصل مشروعا، والفساد راجع إلى الوصف، وإذا دلت القرينة على أن النهى لقدح الوصف اللازم فلا ضرورة للحكم بالبطلان[1]، لأنه راجع إلى رعاية المواريث فيكون مفسدا حالة عدم إجازة الورثة.

٢- ما رواه أحمد[2] وغيره بسندهم إلى عمران[3] بن حصين أن رجلا أعتق عند موته ستة رجله له[4]، فجاء ورثته من الأعراب فأخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما صنع، فقال :- "أو فعل ذلك؟ لو علمنا إن شاء الله ما صلينا

[1] - كشف الأسرار للبزدوى ٢٥٧/١.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - هو أبو نجيد عمران بن حصين بن عبيد الأسلمى الخزاعى، صحابى جليل، أسلم أيام خيبر، وكان من علماء الصحابة، وجهه عمر إلى البصرة ليعلم الناس، توفى رحمه الله سنة اثنتين وخمسين هجرية. انظر : طبقات الفقهاء ٥١، خلاصة تذهيب الكمال ٢٩٥.

[4] - بسكون الجيم جمع رجل.

عليه، فأقرع بينهم فأعتق منهم اثنين وأرق أربعة[1]" فلو جازت الوصية عن الثلث لما أبطل النبى صلى الله عليه وسلم ذلك فى الزائد.

ويناقش هذا :-

بأن الورثة هم الذين طالبوا بإبطال الزائد فأبطله لهم، فهذا يدل على أن الحق لهم، وأن الوصية صحيحة وأنهم هم الذين لم يجيزوا الزائد عن الثلث.

واستدل القائلون بصحة الوصية وإن زادت عن الثلث، ولا تتوقف على إجازة الورثة بما يأتى :-

١- قول الله عز وجل "فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم[2]".

وجه الدلالة من الآية :-

أن الله عز وجل أوجب العمل بالوصية وحرم تبديلها، فيجب صرف المال الموصى به وإن زاد عن الثلث حسب ما أوصى به الموصى دون التوقف على إرادة أحد.

ويناقش هذا :-

بأن هذا الأصل إنما يتم إذا لم تعارض الوصية حق الغير، أما إذا عارضت حق الغير كان الأمر موقوفا على إجازة هذا الغير.

[1] - نيل الأوطار للإمام الشوكانى ٦/٤٨، رواه أحمد و النسائى وأبو داود.

[2] - سورة البقرة آية رقم ١٨١.

٢- ما روى عن الصادق[1] قال :- الرجل أحق بماله مادام فيه الروح، وإذا أوصى به كله فهو جائز[2].

ويناقش هذا :-

بأن هذا القول مخالف لإجماع الأمة فلا يعتد به.

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الوصية إذا زادت عن الثلث كانت صحيحة موقوفة على إجازة الورثة هو الأولى بالقبول لما ذكروه من الروايات المتواترة الظاهرة فى عدم جواز الوصية بأكثر من الثلث مطلقا، ولكن قد يجيز بعض الورثة دون البعض فما الحكم فى هذه الحالة؟

إن الحكم فى هذه الحالة أن الوصية بالزائد تنفذ فى حق من أجاز، إذا توافرت فيه شروط الإجازة، وتبطل فى حق من لم يجز الزيادة، وطريقة استخراج نصيب كل مستحق أن تقسم التركة مرتين، مرة على فرض الإجازة ومرة أخرى على فرض عدم الإجازة، فمن أجاز أخذ نصيبه على اعتبار الفرض الأول، ومن رد أخذ نصيبه على اعتبار الفرض الثانى، فإذا مات رجل وترك ١٢٠٠ جنيها وأوصى بمبلغ ٥٠٠ جنيه وكان له ولدان محمد وحسن فأجاز محمد ولم يجز حسن ـ فتقسم التركة على فرض الإجازة :

فنطرح من المبلغ كله الوصية ١٢٠٠-٥٠٠=٧٠٠.

[1] - سبق تعريفه.

[2] - تهذيب الأحكام ٣٨٦/٢.

نقسم ٧٠٠ على محمد وحسن فيكون نصيب كل ٣٥٠.
وعلى فرض عدم الإجازة نقسم ١٢٠٠ ÷ ٣ = ٤٠٠.
فيكون نصيب حسن الذى لم يجز ٤٠٠ جنيه ونصيب محمد الذى أجاز ٣٥٠ ونصيب الموصى له ٤٥٠.

ب- زيادة الوصية عن الثلث
مع عدم وجود وارث

إذا زادت الوصية عن الثلث و لم يكن للموصى وارث خاص فقد اختلف الفقهاء فى حكم ذلك أيضا على مذهبين.

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والحنابلة والزيدية وبعض الشافعية والإمامية فى غير المشهور إلى جواز الوصية ولو بجميع ماله[1] طالما لا يوجد له وارث ولا تتوقف وصيته على إجازة أحد.

** وذهب المالكية والظاهرية والشافعية والإمامية فى المشهور عندهم إلى عدم جواز الوصية بالزائد عن الثلث من ماله[2]، فإن زاد عن الثلث ردت الوصية إلى الثلث.

[1] - تبيين الحقائق ١٨٣/٦، منتهى الإرادات ٣٧/٢، الروض المربع شرح زاد المسقنع ٢٤٥/٢، البحر الزخار ٣٠٤/٥، الأشباه والنظائر للإمام السيوطى ٣٤٣، وسائل الشيعة ٣٧٠/١٣.

[2] - حاشية الصاوى على الشرح الصغير ٤٢٣/٢، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٣٠/٢، المغنى لابن قدامة ٤٠٣/٨، المحلى لابن حزم ٣١٧/٩، حاشية الباجورى ٨٥/٢، المهذب للشيرازى ٤٥٠/١، مغنى المحتاج ٤٤/٣، وسائل الشيعة ٤٥٧/١٣.

الأدلـــــة

استدل القائلون بجواز الوصية ولو بجميع المال فى حالة عدم وجـود وارث خاص ولا توقف على إجازة أحد، بل هى نافذة بما يأتى :-

١- إن النبى صلى ا لله عليه وسلم لما منع سـعدا[1] مـن الزيـادة عـن الثلـث قـال : "لأن تدع ورثتك أغنياء خير مـن أن تدعهـم عالـة يتكففـون النـاس"، فجعـل النبى صلى ا لله عليه وسلم المنع من الزيادة حقا للورثة، فإذا لم يكن لـه وارث سقط المنع.

ويناقش هذا :-

بأن قول النبى صلى ا لله عليه وسلم "لأن تدع ورثتك أغنياء خير مـن أن تدعهم عالة"، ليس ذلك تعليلا لرد الزيادة علـى الثلـث، ولـو كـان ذلـك تعليـلا لجازت الزيادة على الثلث مع غناهم إذا لم يصيروا عالة يتكففون الناس، وإنما قاله صلة فى الكلام.

٢- إن الصدقة تجوز بجميع مال المتصدق فكذلك تجوز الوصية بجميع ماله خاصـة فى هذه الحالة.

ويناقش هذا :-

بأن الصدقة كالوصية إن كانت فى صحة المتصـدق أمضيـت مـع وجـود الـوارث وعدمـه، وإن كـانت فـى المرض ردت إلى الثلـث مـع وجـود الــوارث وعدمه.

[1] - سبق تعريفه.

واستدل القائلون بعدم جواز الوصية بالزائد عن الثلث، فإن زاد ن الثلث رد إلى الثلث بما يأتى :-

١- ما رواه الدارقطنى[1] بسنده إلى معاذ بن جبل[2] رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال :- "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم[3]".

وجه الدلالة من هذا الحديث :-

أن هذا الحديث بين فيه النبى صلى الله عليه وسلم أن الله تصدق علينا بثلث أموالنا فى نهاية حياتنا فلا يجوز الزيادة على ذلك.

ويناقش هذا من وجهين :-

الوجه الأول :-

أن هذا الحديث ضعيف وقد سبق بيان ذلك.

الوجه الثانى :-

على فرض التسليم بصحته فإنه لا دليل فيه على المدعى، بل يدل الحديث على أنه فى الغالب الأعم، يكون للميت وارث فلا يوصى بأكثر من الثلث حفاظا على حقه، فإذا لم يكن له وارث فهو أولى بالتصرف فى كل ماله.

[1] - سبق تعريفه.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - سبق تخريجه.

٢- إن مال من لا وارث له يصير إلى بيت المال، لأنه يخلف الورثة في الاستحقاق لماله، وذلك لأن بيت المال يعقل عنه كورثته.

ويناقش هذا :-

بأن الإنسان محتاج لماله في حياته لقضاء حوائجه، وفي الآخرة لاكتساب الأجر والمثوبة عند الله، فيكون أحق بالتصرف فيه من بيت المال.

٣- إن الوصية لما ردت إلى الثلث مع وجود الوارث ردت إلى الثلث مع وجود بيت المال، لأن ماله ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم فبطلت.[١]

ويناقش هذا :-

بأنه لايلزم من رد الوصية للثلث مع وجود الوارث ردها للثلث مع وجود بيت المال، فإن الوارث أقرب إلى الميت من بيت المال، ولا يلزم من ردها للثلث مع الأقرب ردها للثلث مع الأبعد، يضاف إلى ذلك أن بيت المال ليس وارثا بل هو بيت يرعى مصالح المسلمين وتئول إليه ملكية الأموال غير المملوكة، وهنا المال مملوك للموصي فله حق التصرف فيه بما يشاء.

الرأي المختار :-

وبعد فإنني أرى أن قول القائلين بجواز الوصية بأكثر من الثلث بل بجميع المال في حال عدم وجود وارث أولى بالقبول لما ذكروه.

يضاف إلى ذلك أن المنع عما زاد على الثلث كان لحق الورثة، وبيت المال ليس وارثا حقيقيا، ولا يجوز الحجر على الإنسان العاقل في تصرفاته التي يثاب عليها إلا إذا كانت هناك مصلحة راجحة، وهنا لاتوجد مصلحة في الحجر عليه.

[١] - المهذب للشيرازي ١/ ٤٥٠.

وأن القائلين بعدم جواز الوصية بأكثر من الثلث مع عدم وجود وارث وأن الوارث له هو بيت المال لو كانوا فى عصرنا هذا ورءوا أو سمعوا ما صرنا إليه لقالوا بجواز الوصية بجميع المال، وإنما قالوا بعدم الوصية بأكثر من الثلث لما علموه من أن بيت مال المسلمين قوته قوة للمسلمين، لأنه يقوم بالإنفاق على الجهاد، وعلى سد حاجة الفقراء واليتامى والمساكين والمحتاجين وما إلى ذلك.

وقد أخذ القانون بجواز الوصية بجميع المال عند عدم وجود الوارث.

ج - حقيقة الإجازة

إذا زادت الوصية عن الثلث وكان للموصى من يرثه فإنها توقف على إجازته.

فما حقيقة هذه الإجازة : هل هى تعتبر تنفيذا لتصرف الموصى ووصيته؟ أو أنها ابتداء هبة وعطية من الوارث؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية فى الأصح والحنابلة فى الصحيح فى المذهب والزيدية والمالكية فى غير المشهور إلى أن الإجازة من الورثة تنفيذ للوصية لا ابتداء هبة[1] وعطية، وذلك لأن الموصى بالوصية

[1] - المبسوط للسرخسى ١٥٤/٢٧، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٥٠/٦، المغنى لابن قدامة ٤٠٤/٨، البحر الزخار ٣٠٨/٥، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٧/٤، وذهب إلى هذا القول ابن القصار وابن العطار من المالكية.

متصرف فى ملك نفسه، والأصل فيه النفاذ لصدور هذا التصرف من أهله مضافا إلى محله، وإنما كان عدم النفاذ لمانع وهو حق الوارث، فإذا أجاز الوارث ما زاد عن الثلث زال المانع، وتنفذ بالسبب السابق، لا بإزالة المانع، لأن إزالته شرط لنفاذه، والحكم بعد وجود الشرط يضاف إلى السبب لا إلى الشرط.

** وذهب الظاهرية والمالكية فى المشهور عندهم والشافعية والحنابلة فى وجه عند كل منهما إلى أن الإجازة من الورثة ابتداء هبة وعطية[1]. وذلك لما يأتى :-

١- إن الوصية بالزائد عن الثلث منهى عنها، والنهى يقتضى الفساد والبطلان، لأن الزائد حق الورثة، فيلغو تصرف الموصى فيه، ويكون التصرف للوارث ابتداء بهبته أو عطيته.

ويناقش هذا من ثلاثة أوجه :-

الوجه الأول :-

لايسلم لهم أن الزائد عن الثلث منهى عنه.

الوجه الثاني :-

وعلى فرض التسليم بأنه منهى عنه فإنه لا يقتضى الفساد والبطلان، لأن هذا الأمر مختلف فيه الفقهاء وقد سبق بيان ذلك.[2]

[1] - المحلى لابن حزم ٣١٧/٩، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٧/٤، نهاية المحتاج ٥١/٦، المهذب ٤٥٠/١، المغنى ٤٠٤/٨.

[2] - ص ٢١٦.

الوجه الثالث :-

أننا نمنع أن تكون الوصية بالزائد عن الثلث حقا للوارث، بل هي ملك الموصى، غاية الأمر أن حقهم قد تعلق بها، ومع الإجازة سقط كإجازة المرتهن تصرف الراهن[1].

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الإجازة من الورثة للزيادة إنما هى تنفيذ للوصية لا ابتداء عطية وهبة هو الأولى بالقبول لما ذكروه ولردهم على أدلة المخالفين، يضاف إلى ذلك أن إجازة الوارث إنما هى موجهة لتصرف حدث من الموصى بلفظ الوصية أو بما هو فى معناها فكيف تتحول إجازة الوصية من الورثة إلى الهبة؟ فإن فى ذلك تغييرا لصيغة الوصية التى صدرت من الموصى.

د ـ شروط المجيز

إن إجازة الوارث لما زاد عن الثلث يترتب عليه نقصان نصيبه من التركة، لذا اشترط الفقهاء فى الوارث المجيز للوصية بالزائد عن الثلث شروطا وهى :-

[1] - وثمرة الخلاف بين الرأيين :-

أنه على القول بأن الإجازة تنفيذ لوصية الموصى لا ابتداء عطية فإن الزيادة لا تفتقر صحتها إلى قبض من الموصى له ولا تفتقر إلى قبول الموصى له، بخلاف ما لو كانت الإجازة ابتداء عطية فإنها تفتقر إلى قبض من الموصى له وإلى قبوله وما إلى ذلك.

انظر : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤/٤٢٧، الإقناع للمقدسى ٣/٥٠.

١ – أن يكون المجيز أهلا للتبرع، بأن يكون بالغا عاقلا رشيدا لأن الإجازة تبرع فلا تصح من الصبي والمجنون والمعتوه عند جميع الفقهاء، ولا من المحجور عليه بسبب السفه والغفلة عند جمهور الفقهاء خلافا لأبي حنيفة[1]، كما أن الإجازة لا تصح من أوليائهم لأن تصرفاتهم مشروطة بأن تكون في مصلحة من هم في ولايتهم.

٢– أن يكون المجيز عالما بما يجيزه، فإن جهل ما يجيزه بطلت إجازته، لأن الإجازة إما تمليك يصدر من المجيز وإما إسقاط، والتمليك والإسقاط لا يكونان إلا في شئ معلوم، هذا إذا كان المجيز صحيحا سليما، أم إذا كان مريضا مرض الموت فإن إجازته لا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة[2].

وقد أخذ القانون بهذه الشروط في المادة السابعة والثلاثين فقال : تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره، وتنفذ من غير إجازة الورثة، وتصح بما زاد عن الثلث، ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة، بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه[3].

هـ ـ وقت صدور الإجازة

اتفق الفقهاء على أن الإجازة للزائد عن الثلث إن صدرت من الوارث بعد وفاة الموصى فإنها تكون صحيحة وملزمة.

[1] – سبق تعريفه.

[2] – بدائع الصنائع ٤٨٤٧/١٠، حاشية ابن عابدين ٦٥٠/٦، قليوبي وعميرة ١٥٩/٣، المغني لابن قدامة ٤٠٧/٨.

[3] – انظر شرح قانون الوصية ص ٢٨٠.

ثم اختلفوا بعد ذلك فيما إذا وقعت الإجازة من الوارث فى حياة الموصى هل تكون صحيحة وملزمة أم لا؟ على ثلاثة مذاهب :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة والإمامية فى غير المشهور إلى عدم صحة الإجازة فى حال حياة الموصى وعدم لزومها[1]، وذلك لأن الورثة أسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوا، فلم يلزمهم كالمرأة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح، أو أسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع.

يضاف إلى ذلك أن هذا الوقت لا يصح فيه رد الوصية فلم يصح فيه إجازتهم.

<u>ويناقش هذا :-</u>

بأن القول بسقوط الإجازة فى حال حياة الموصى كلام غير مسلم، لأن حق الورثة فى ماله ثابت من أول مرضه مرض الموت، بدليل منعه من التصرف فى ماله بأكثر من الثلث، فإذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتا من أول المرض وعلم أن الإجازة صادفت محلها لاستناد حقهم إلىأول المرض، فصارت هذه الإجازة كإجازتهم بعد الموت.

<u>وأجيب عن هذا :-</u>

بأن الاستناد إنما يظهر فى حق القائم كما فى العقود الموقوفة، وإجازة الورثة حين وقعت فى حياة الموصى وقعت باطلة، وما وقع باطلا لا يكون قائما بنفسه فلا يظهر فى حقه الاستناد.

[1] - بدائع الصنائع ٤٨٤٧/١٠، أحكام القرآن للجصاص ١٦٨/١، قليوبى وعميرة ١٥٩/٣، المغنى لابن قدامة ٤٠٥/٨، الإقناع للمقدسى ٥٠/٣، الاستبصار ١٢٣/٤.

يضاف إلى ذلك أن حقيقة الملك للورثة يثبت عند الموت، وقبله يثبت لهم مجرد الحق، فلو استند ملكهم من كل وجه إلى أول المرض لانقلب الحق حقيقة قبل موته.

** وذهب الإمامية فى المشهور عندهم وابن أبى ليلى[1] والحسن[2] وعطاء[3] وحماد[4] والزهرى[5] والأوزاعى إلى جواز إجازة الورثة فى حياة الموصى[6]، وذلك لأن الحق للورثة، فإذا رضوا بتركه سقط حقهم، كما لو رضى المشترى بعيب المبيع.

ويناقش هذا :-

بأن هذا الكلام غير مسلم لأن الورثة أسقطوا حقا لم يملكوه، فلم يلزمهم، كالمرأة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح، أو أسقط الشفيع حقه فى

[1] - هو محمد عبد الرحمن بن أبى ليلى يسار وقيل داود بن بلال الأنصارى الكوفى، يعد فقيها وقاضيا، حيث تولى القضاء والحكم بالكوفة واستمر لثلاث وثلاثين سنة، له أخبار مع أبى حنيفة وغيره، وقد مات بالكوفة سنة ١٤٨ ثمان وأربعين ومائة هجرية.

انظر وفيات الأعيان ١/٤٥٢، خلاصة التذهيب ٣٤٨.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - سبق تعريفه.

[4] - هو حماد بن سلمة بن دينار البصرى الربعى بالولاء، أبو سلمة، مفتى البصرة، وأحد رجال الحديث، ومن النحاة، وأحد الحفاظ الثقات المأمونين، ولكنه ساء حفظه حينما كبر، فتركه البخارى لذلك، وروى له مسلم ما سمع منه قبل تغييره، قال الذهبى كان حماد إماما فى العربية فقيها فصيحا مفوها شديدا على المبتدعة.

انظر : العبر ١/٢٤٨، التقريب ١/١٩٧.

[5] - سبق تعريفه.

[6] - بلغة الفقيه ٣٨٥، المغنى لابن قدامة ٨/٤٠٦.

الشفعة، ولأنها حالة لا يصح فيها ردهم للوصية فلم يصح فيها إجازتهم كما قبل الوصية[1].

** وذهب المالكية إلى التفصيل فى وقت الإجازة :

فقد روى ابن وهب[2] من المالكية عن الإمام مالك[3] فقال : إن الإجازة إذا حصلت قبل الموت فى حال مرض الموصى فإنها تكون صحيحة ولا يجوز الرجوع عنها، وأما إذا وقعت من الوارث فى حال صحة الموصى فإنه يجوز الرجوع فيها بعد موت الموصى[4].

ويناقش هذا :-

بأنه لما كان للميت إبطال الوصية فى حال حياته مع أنه هو الذى أوجبها فالورثة أحرى بجواز الرجوع عما أجازوه وإذا جاز لهم الرجوع علم أن الإجازة حال الحياة غير ملزمة.

[1] – المغنى لابن قدامة ٨/٤٠٦.

[2] – ابن وهب : هو أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم القرشى بالولاء، الفقيه المالكى المصرى الإمام الجامع بين الفقه والحديث أثبت الناس فى الإمام مالك، الحافظ الحجة، روى عن أربعمائة عالم، منهم الليث وابن أبى ذئب والسفيانان وابن جريج وابن دينار وابن أبى حازم ومالك وبه تفقه، صحبه عشرين سنة، صنف الموطأ الكبير والموطأ الصغير، روى عنه سحنون وابن عبد الحكم وأبو مصعب الزهرى وغيرهم، وخرج عنه البخارى وغيره، ولد فى مصر سنة خمس وعشرين ومائة، وتوفى بمصر سنة سبع وتسعين ومائة.

انظر : شجرة النور الزكية ١/٥٨،٥٩، وفيات الأعيان ٣/٣٦.

[3] – سبق تعريفه.

[4] الشرح الكبير للإمام الدردير ٤/٤٣٧.

وروى ابن القاسم[1] عن مالك أنه قال : إذا استأذن الموصى ورثته حال حياته فأذنوا له فكل وارث بائن عن الميت أى ليس فى عياله ليس له أن يرجع فى إجازته، وأما امرأته وبناته اللاتى لم يبن منه وكل من فى عياله فلهم الرجوع عنها، وكذا كل من خاف منهم إن لم يجز لحوق ضرر به من قطع النفقة إن صح، له الرجوع[2].

ويناقش هذا :-

بأن الإمام مالكا[3] قد أناط صحة الرجوع فى الإجازة بعد الموت بخوف لحوق الضرر وخوف الأذى، وهذا قد يكون محل خلاف بين الورثة، فضلا عن أنه قد يتعذر إثباته.

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم صحة الإجازة فى حالة حياة الموصى هو الأولى بالقبول، لما ذكروه، ولأن ذلك منضبط ومرتبط بوقت معلوم، وهو وقت موت الموصى.

[1] هو الفقيه عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن العتيق المصرى، أبو عبد الله، ويعرف بابن القاسم، فقيه مالكى جمع بين الزهد والعلم، تفقه على الإمام مالك بن أنس ولد سنة ثمان وعشرين ومائة هجرية، وقد غلب عليه الرأى، وروايته الموطأ عن الإمام مالك رواية صحيحة قليلة الخطأ، وله المدونة الكبرى ستة أجزاء، وهو من أجل كتب المالكية، رواها عن الإمام مالك، توفى رحمه الله تعالى سنة تسعين ومائة هجرية.

انظر: الأعلام للزركلى ٤/٩٧.

[2] – الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى ٤/٤٣٧.

[3] – سبق تعريفه.

وقد جاء القانون موافقا لهذا الاختيار فقال فى المادة السابعة والثلاثين منه :-
"إن الوصية بما زاد عن الثلث لا تنفذ إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه[1].

و - وقت تقدير الثلث

اتفق الفقهاء على أن الثلث إنما يحتسب بعد إخراج ما يحتاجه الميت من تجهيزه ودفنه وسداد ديونه، سواء كانت لله أو للعباد.

ثم اختلف الفقهاء بعد ذلك فى وقت تقدير الثلث هل هو يوم الوصية أو يوم موت الموصى أو يوم تنفيذ الوصية؟ على ثلاثة مذاهب :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنابلة والإمامية وجمهور الحنفية والشافعية وبعض المالكية وجمهور الزيدية إلى أن وقت تقدير الثلث هو يوم موت الموصى[2]، وذلك لأن هذا اليوم هو وقت تمليك الوصية ولزومها، وفيه يثبت الملك للموصى له، غير أنه يتوقف على قبوله.

[1] - شرح قانون الوصية ص ٢٨٠.

[2] - الكافى لابن قدامة ٤٧٧/٢، المغنى لابن قدامة ٤٠٧/٨، البحر الزخار ٣٠٩/٥، بدائع الصنائع ٤٨٤٨/١٠، المبسوط للسرخسى ١٦٠/٢٧.

إلا أن عبارة الحنفية اختلفت فى كتبهم، ففى بدائع الصنائع يقولون "إن قدر ما يستحقه الموصى له من مال هو ماله الذى عند الموت لا ما كان عند الوصية حتى لو أوصى بثلث ماله، وماله يوم أوصى ثلاثة آلاف ويوم مات ثلاثمائة لا يستحق الموصى له إلا مائة، ولو لم يكن له مال يوم أوصى ثم اكتسب مالا ثم مات فله ثلث المال يوم مات، ولو كان له مال يوم أوصى فمات وليس له مال بطلت وصيته، وإنما كان كذلك لما ذكرنا أن الوصية تمليك مضاف إلى وقت الموت فيستحق الموصى له ما كان على ملك الموصى عند موته.

** وذهب جمهور المالكية وبعض الأحناف إلى أن وقت تقدير الثلث هو يوم التنفيذ والقسمة[1]، وذلك لأنه وقت تنفيذ الوصية وفيه يثبت الملك.

** وذهب الظاهرية وبعض الشافعية وبعض الزيدية إلى أن اعتبار وقت تقدير الثلث هو يوم الوصية[2]، وذلك لأن الوصية عقد والعقود تعتبر بأولها.

<u>ويناقش هذا :-</u>

بأن الوصية ليست عقدا من كل وجه، ولذلك لا تعتبر فيها الفورية ولا القبول فى كثير من أحوالها.

فى حين نجد عبارة المبسوط للسرخسى هكذا "وإن كان للرجل ثلاث جوارى قيمة كل واحدة منهن ثلثمائة فأوصى لرجل بجارية منهن بعينها ثم مات فلم يقسم الورثة والموصى له حتى زادت تلك الجارية فصارت ستمائة أو ولدت ولدا يساوى مائة فهذا كله من مال الميت، لأن التركة بعد وقبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت فهذه الزيادة تظل على حكم ملكه أيضا، ويكون حصولها قبل الموت وحصولها بعد الموت سواء.

فيفهم من عبارة البدائع أن الوقت المعتبر هو وقت الموت، ويفهم من عبارة المبسوط أن الوقت المعتبر هو وقت الإفراز والتنفيذ.

انظر بدائع الصنائع ٤٨٤٨/١٠، المبسوط ١٦٠/٢٧، ونهاية المحتاج شرح المنهاج ٥٤/٦، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣٨٠/٤، وهو ابن الحاجب.

[1] – جواهر الإكليل ٣١٨/٢، حاشية الدسوقى ٣٨٠/٤، المبسوط للسرخسى ١٦٠/٢٧.

[2] – نهاية المحتاج ٥٤/٦، البحر الزخار ٣٠٩/٥، المحلى لابن حزم ١٩١/٩، إلا أن الظاهرية قالوا : تقدير الثلث يكون بالنسبة لما كان له حين الوصية، لأنه المقصود بإخراج الوصية منه، فإن كانت الوصية بما يخلفه أو يتركه من مال صحت، وتنفذ من كل ما كسبه قبل موته وبعد تلك الوصية، لأنه لم يخص الوصية بما يملكه حين الوصية.

ويناقش هذا :- بأن من يوصى بجزء من ماله أنه يقصد ما يكون له من مال عند الوصية، المحلى لابن حزم ١٩١/٩.

كذلك استدلوا بأن الوصية كالنذر فى التصدق بثلث المــال، فكمـا يعتـبر حال النذر يعتبر حال الوصية.

ويناقش هذا :-

بأن هذا قياس مع الفارق فلا يصح، لأنه يصح رجوع الموصى فى وصيته، بخلاف النذر فإنه عقد لازم فلا يصح الرجوع فيه.

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى أن الوقت المعتـبر لاستحقاق الثلـث هـو وقـت القسـمة والتنفيذ، وذلك لأن التركة تحتاج إلى حصر وإخـراج مـا علـى الميـت مـن ديـون وحقوق، ولاحتوائه لما قد يطـرأ علـى التركـة مـن زيـادة أو نقـص وتحديـد قيمـة المتروكات، وذلك يحتاج إلى وقت بعد الوفـاة، ولكـن لا مـانع مـن ثبـوت الملـك للموصى له بموت الموصى وبثبوت النماء له ومع ذلـك يكـون تقديـر الثلـث يـوم القسمة، لأن العدالة تقتضى هذا[1].

وقد أخذ القانون بما عليه جمهور الفقهاء من أن الوقت المعتـبر فـى تقديـر الثلث هو وقت الموت، فجاء فـى المـادة الخامسـة والعشـرين مـا نصـه : إذا كـان

[1] - ويلاحظ أن ما تبرع به الموصى فى حياته ينظر فيه فإن كان فى حـال الصحـة لم يعتـبر مـن الثلـث، لأنه مطلق التصرف فى ماله لا حق لأحد فى ماله فعد من رأس المال، وإن كان ذلك فى مرض غـير مخوف لم يعد أيضا من الثلث، وإن كان ذلك فى مرض مخوف واتصل به الموت عد ذلك من الثلث. انظر المهذب للشيرازى ١/٤٥٣.

الموصى له موجودا عند موت الموصى استحق الموصى به من حين الموت ما لم يفد نص به من حين الملك إلى القبول للموصى له، ولا تعتبر وصيته، وعلى الموصى له نفقة الموصى به تلك المدة[1].

[1] – شرح قانون الوصية ٢٧٧.

المطلب الثانى

الوصية بالمعاصي

اتفق الفقهاء على أن الوصية إن كانت بشئ محرم فإنها تكون باطلة، وذلك لأن الهدف من الوصية هو التقرب إلى ا لله عز وجل طمعا فى ثوابه، أو هى صلة لمن صنع معروفا أو أدى جميلا، فلا يجوز أن تكون الوصية بمعصية ا لله عز وجل، كالوصية بالنياحة عليه بعد موته، أو الوصية بفتح أندية القمار والحانات وأندية الطرب والرقص، أو الوصية بالخمر والخنزير وآلات اللهو والميتة والدم، لأن ا لله عز وجل سلب مالية هذه الأشياء بالنسبة للمسلم[1]. وكذا الوصية بالعبد المسلم والمصحف للكافر، لأن فيه جعل سبيل له عليهما بالبيع ونحوه، وقد قال ا لله تعالى "ولن يجعل ا لله للكافرين على المؤمنين سبيلا"[2]، وكذلك الوصية لإعانة الظالم على ظلمه والفاسق على فسقه والزناة على زناهم، لأنها وصية بغير المعروف. والمسلم أيضا لا يجوز له أن يوصى بشئ لأماكن عبادات غير المسلمين.

أما بالنسبة لوصية غير المسلمين لكنائسهم وبيعهم وما إلى ذلك مما هو معصية فى نظر المسلمين، فقد اختلف الفقهاء فى حكم الوصية لهذه الأشياء على مذهبين :-

[1] - الإقناع ٦٤/٣ ، المغنى لابن قدامة ٥١٤/٨ ، حاشية الباجورى ٨٣/٢ ، وقال الشافعية والإمام يحيى من الشيعة الزيدية : إنه تصح الوصية بالميتة ، إذ ينتفع بها فى إطعامها كلاب الصيد وطيره، قياسا على جواز الوصية بالزبل النجس والعذرة والبول لأنه ينتفع به فى الزرع ، ولكن هذا الكلام لا يسلم لهم لأن الميتة يحرم تمليكها وتملكها.

مغنى المحتاج شرح المنهاج ٤٥/٣ ، البحر الزخار ٣١٣/٦.

[2] - سورة النساء الآية رقم ١٤٠.

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الصاحبان من الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والظاهرية وبعض المالكية وبعض الإمامية إلى أن الوصية لهذه الأشياء من الكفرة باطلة ولا تصح[1].

** وذهب أبو حنيفة والمالكية فى المشهور وبعض الإمامية إلى صحة وصية الكافر لهذه الأشياء[2]، وذلك لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون.

أما الوصية بالكلب : فإنها جائزة وصحيحة إذا كان الكلب يباح اقتناؤه، لأن فيه نفعاً مباحاً، وتقر اليد عليه، والوصية تبرع فتصح فى المال وفى غير المال من الحقوق، ولأنه تصح هبته فتصح الوصية به كالمال.

وإن كان الكلب مما لا يباح اقتناؤه لم تصح الوصية به، لأنه لا يصح بيعه[3].

[1] - المبسوط للسرخسى ٩٤/٢٨، نهاية المحتاج ٤٢/٦، المغنى لابن قدامة ٥١٤/٨، البحر الزخار ٣٠٧/٥، المحلى لابن حزم ٣٢٧/٩، شرح الخرشى ١٦٨/٨، شرائع الإسلام ٢٤٤/٢.

[2] - المبسوط ٩٤/٢٨، شرح الخرشى ١٦٨/٨، شرائع الإسلام ٢٤٤/٢.

[3] - بدائع الصنائع ٤٨٤٩/١٠، شرح الخرشى ١٦٨/٨، المغنى لابن قدامة ٥٦٨/٨، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٤٥/٣.

المطلب الثالث

ملك الشئ الموصى به

اتفق الفقهاء على صحة الوصية بالمال المباح المملوك للموصى، ثم اختلفوا بعد ذلك فى صحة الوصية بمال الغير على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والحنابلة والزيدية والإمامية وبعض الشافعية إلى أنه لا تصح الوصية بمال الغير، بل يشترط فى الشىء الموصى به أن يكون مملوكا ملكا تاما للموصى وقت الوصية[1].

** وذهب الحنفية والشافعية فى الصحيح إلى صحة الوصية بمال الغير، فقد قالوا : إن من أوصى من مال رجل بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى فإن دفع الألف فهذا جائز، وذلك لأن الوصية صحيحة منعقدة ولكنها موقوفة على إجازة صاحب المال، إن أجاز الوصية جازت وكان متبرعا بهذا المبلغ، وإن لم يجز صاحب المال بطلت، لأن الحق له فى الإجازة والرفض[2].

وهذا الرأى هو الأولى بالقبول.

[1] - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٢/٤، فتح العزيز على الوجيز ١٦/٩ مخطوط، دقائق أولى النهى شرح المنتهى ٣١٦/٢، الإقناع للمقدسى ٦٤/٣، جواهر الكلام ١٥/٢، البحر الزخار ٣١٣/٥.

[2] - تكملة فتح القدير ٤٩١/١٠، مغنى المحتاج شرح المنهاج ٤٠/٣.

المطلب الرابع

العلم بالموصى به

اتفق الفقهاء على صحة الوصية بالشيء المجهول[1] وذلك لأن الحكمة من مشروعية الوصية هي التوسعة على الموصي حتى يتدارك ما عساه قد فاته من خير وإحسان، وليكافئ من أسدى إليه جميلا أو صنع معه معروفا أو سد حاجة الفقير والمسكين أو صلة لأقاربه، لذا توسع الفقهاء في عقد الوصية ما لم يتوسعوا في غيرها، فأجازوا فيها ما لم يجيزوا في غيرها تسهيلا على الموصي في وقت هو بحاجة إليه[2]، ولذلك تغتفر الجهالة في الوصية للحاجة إليها.

وإن كان الفقهاء قد اتفقوا على الوصية بالشئ المجهول إلا أنهم قد اختلفوا في بعض المسائل المبهمة التي سوف أذكر بعضها فيما يأتي :-

[1] - وهذا بخلاف البيع، فإن العلم شرط في عقود المعاوضات المالية.

[2] - تبيين الحقائق ١٨٩/٦، توضيح الأحكام على تحفة الحكام ٨٧/٤ طبعة المطبعة التونسية، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٥٠/٦، مغني المحتاج ٤٤/٣، الإقناع للمقدسي ٦٠/٣، الكافي لابن قدامة ٤٨١/٢، البحر الزخار ٣١٣/٥.

أولاً : إذا أوصى لأحد الأشخاص بنصيب بعض ورثته، بأن قال أعطوا فلانا نصيب فلان، اختلف الفقهاء في حكم ذلك على مذهبين :-

** فذهب الزيدية والإمامية وأكثر الشافعية والحنابلة في قول إلى إبطال هذه الوصية، وذلك لأنه أوصى بما هو حق الغير، والوصية بمال الغير باطلة[1].

** وذهب المالكية والحنابلة في المذهب وبعض الشافعية وزفر[2] من الحنفية وابن أبي ليلى[3] وداود الظاهري إلى صحة هذه الوصية، ويعطى مثل نصيب ابنه وارثه[4].

ولكن رأي القائلين بالبطلان أولى بالقبول ما لم نستطع حمل كلام الموصي على إرادة المماثلة.

ثانيا : إن أوصى الموصي لشخص بجزء من ماله. فقد اتفق الفقهاء على جواز ذلك، ولكنهم اختلفوا في القدر الذي يعطى لهذا الشخص على مذهبين:-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية والحنابلة وجمهور الزيدية إلى أن الموصى له بجزء يعطيه الوارث ما شاء وإن قل باعتبار أن كلام الموصي يصدق على القليل وعلى الكثير[5].

[1] – البحر الزخار ٣٢٨/٥، شرائع الإسلام ٢٤٩/٢، المهذب للشيرازي ٤٥٧/١، تكملة المجموع ١١٢/١٥، الإقناع للمقدسي ٧٣/٣.

[2] – سبق تعريفه.

[3] – سبق تعريفه.

[4] – الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٤٦/٤، المهذب للشيرازي ٤٥٧/١، المغني لابن قدامة ٤٢٨/٨.

[5] – بدائع الصنائع ٤٩٠٠/١٠، نتائج الأفكار ٤٤١/١٠، المهذب للشيرازي ٤٥٧/١، المغني لابن قدامة ٤٢٨/٨، البحر الزخار ٣٢٧/٥.

** وذهب جمهور الإمامية إلى أنه يعطى السبع وقيل يعطى العشر[1].

ثالثا : إذا قال الموصى : أعطوا هذا الشخص شيئا من مالى. فقد اتفق الفقهاء على جواز ذلك، ولكنهم اختلفوا فى القدر الذى يأخذه على ثلاثة مذاهب :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الشافعية والحنابلة والزيدية إلى أن للورثة إعطاءه ما شاءوا قليلا كان أو كثيرا[2].

** وذهب الحنفية إلى أن المراد بالشئ فى باب الوصايا الشئ اليسير[3].

** وذهب الإمامية إلى أن للورثة إعطاءه السدس لأن المراد بالشئ اليسير السدس[4].

رابعا : إذا قال الموصى : اعطوا فلانا من مالى سهما. فقد اختلف الفقهاء فى القدر الذى يأخذه على النحو التالى :-

** قال أبو حنيفة[5] وبعض الزيدية : إنه يعطى مثل أخس الأنصباء يزاد على الفريضة ما لم يزد على السدس، وذلك لما روى عن ابن مسعود[6] أن رجلا

[1] - تذكرة الفقهاء ٩٥/١.
[2] - المهذب للشيرازى ٤٥٧/١، المغنى لابن قدامة ٤٢٤/٨، البحر الزخار ٣٣٠/٥.
[3] - بدائع الصنائع للكاسانى ٤٩٠١/١٠، حاشية ابن عابدين ٥٨٨/٥.
[4] - شرائع الإسلام ٢٤٩/٢.
[5] - سبق تعريفه.
[6] - سبق تعريفه.

أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبى ﷺ السدس[1]، ولأن السهم فى كلام العرب السدس فتنصرف الوصية إليه، كما لو تلفظ به، ولأن هذا هو قول على وابن مسعود[2] رضى الله عنهما ولا مخالف لهما من الصحابة.

** وقال الصاحبان من الحنفية : إنه يعطى مثل أخس الأنصباء يزاد على الفريضة ما لم يزد على الثلث، لأن السهم اسم لنصيب مطلق ليس له حد مقدر، بل يقع على القليل والكثير كاسم الجزء، إلا أنه لا يسمى سهما إلا بعد القسمة، فيقدر بواحد من أنصباء الورثة، والأقل متيقن فيقدر به، إلا إذا كان يزيد عن الثلث فيرد إليه[3].

** وقال المالكية : إن أوصى له بسهم منه فله سهم من أصل فريضته ولو عائلة، فإذا كان أصلها من أربعة وعشرين مثلا وعالت إلى سبعة وعشرين فله جزء من سبعة وعشرين، وهذا ظاهر إذا كان فى التركة أصحاب فروض، فإن لم يكن فيها أصحاب فروض بأن لم يكن له وارث حين الموت فهل له سهم من ستة ؟ قال ابن القاسم : له سهم من ستة، لأنه أقل عدد يخرج منه الفرائض المقدرة لأصل النسب، لأن الستة مخرج للسدس وهو أقل سهم مفروض لأهل

[1] – مصنف ابن أبى شيبة ١٧١/١١ طبعة الهند، مجمع الزوائد للهيثمى ٢١٣/٤، طبعة دار الكتاب بيروت لبنان، نتائج الأفكار ٤٤٣/١٠.

[2] – سبق تعريفه.

[3] – بدائع الصنائع للكاسانى ٩٤٠١/١٠، المغنى لابن قدامة ٤٢٤/٨، البحر الزخار ٣٢٧/٥.

النسب، وقال أشهب[1] : إن لهم سهماً من ثمانية، لأنها مخرج أقل السهام التى فرضها الله واستغربه ابن عبد[2] السلام.[3]

** وقال الشافعية وابن المنذر[4] من الحنابلة وبعض الحنفية يعطيه الورثة ما شاءوا، لأن ذلك يقع عليه اسم السهم فأشبه ما لو أوصى بجزء أو حظ[5].

** وقال عطاء[6] وعكرمة[7] لا شئ له.

[1] – الإمام أشهب بن عبد العزيز داود بن إبراهيم، أبو عمرو، ولد بمصر سنة أربعين ومائة هجرية، تفقه على الإمام مالك، وكان ذكياً عالماً، قال فى حقه الإمام الشافعى ﷺ : ما رأيت أفقه من أشهب لولا طيش فيه وكانت المنافسة بينه وبين ابن القاسم، وانتهت الرياسة إليه بمصر بعد ابن القاسم، توفى رحمه الله تعالى بمصر سنة أربع ومائتين هجرية.

[2] – هو أبو عبد الله محمد بن عبد السلام البنانى الفاسى، الإمام الفقيه النظار العلامة شيخ الجماعة وخاتمة العلماء الكبار، له تآليف منها : شرح لامية الزقاق، وشرح الاكتفاء للكلاعى فى ستة أسفار، واختصار شرح الشهاب على الشفاء، وغير ذلك، توفى رحمه الله تعالى سنة ثلاث وستين ومائة وألف هجرية.

انظر شجرة النور الزكية ٣٥٧.

[3] – حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤/٤٤٧.

[4] – هو الحافظ أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابورى، شيخ الحرم، كان مجتهداً لا يقلد أحداً، عارفاً بمواضع الاختلاف والدليل، توفى بمكة سنة ثمان عشرة وثلاثمائة هجرية، ومن آثاره كتاب الإشراف والمبسوط والإجماع والتفسير.

انظر : طبقات الشيرازى ١٠٨، طبقات ابن السبكى ٣/١٠٢، طبقات الحفاظ ٣٢٨، شذرات الذهب ٢/٢٨٠، تذكرة الحفاظ ٣/٧٨٢.

[5] – تكملة المجموع للمطيعى ١٥/١١٢، نتائج الأفكار ١٠/٤٤٣.

[6] – سبق تعريفه.

[7] – سبق تعريفه.

** وعند الحنابلة – اختلفت الرواية عن أحمد[1] – فروى عنه أن للموصى له السدس، وروى ذلك عن على وابن مسعود[2] رضى الله عنهما وبه قال الحسن[3] وإياس[4] بن معاوية والثورى[5].

والرواية الثانية أنه يعطى سهما مما تصح منه الفريضة، فينظر كم سهما صحت منه الفريضة ويزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له.

** وقال القاضى : هذا ما لم يزد عن السدس، وقال الخلال وصاحبه : يعطى أقل سهم من سهام الورثة.

** وقال أبو ثور[6] يعطى سهما من أربعة وعشرين لأنها أكثر أصول الفرائض، فالسهم منها أقل السهام[7].

** وقال الإمامية : إنه يعطى الثمن، وذلك لأن السهم واحد من ثمانية وهم أصناف الزكاة[8].

[1] – سبق تعريفه.

[2] – سبق تعريفهما.

[3] – سبق تعريفه.

[4] – إياس بن معاوية بن قرة بن إياس المزنى، أبو واثلة البصرى القاضى المشهور بالذكاء، ثقة، مات سنة أثنتين وعشرين ومائة هجرية. انظر تقريب التهذيب ٥٩٢/١١٧.

[5] – سبق تعريفه.

[6] – سبق تعريفه.

[7] – المغنى لابن قدامة ٤٢٩/٨.

[8] – تذكرة الفقهاء ١ الوصايا.

خامسا : الوصية بمثل نصيب أحد ورثته. إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته فإما أن يكون مسمى أو غير مسمى :

إن كان الوارث مسمى :

فإما أن يكون ورثة الموصى متساوين أو متفاضلين :

فإن كانوا متساوين فى الميراث فقد اختلف الفقهاء فى القدر الذى يستحقه الموصى له فى هذه الحالة على مذهبين :

** فذهب جمهور الفقهاء إلى أن للموصى له مثل نصيب هذا الوارث المعين مزادا على الفريضة، وذلك لأن الموصى قد جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له وجعله مثلا له، وهذا يقتضى أن لا يزاد أحدهما على صاحبه فيزاد على الفريضة، لأنه لو أعطى من أصل المال فما أعطى مثل نصيبه ولا حصلت التسوية به[1].

** وذهب المالكية وزفر[2] من الحنفية وابن أبى ليلى وداود الظاهرى[3] إلى أنه يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم إذا كانوا يتساوون فى أصل المال غير مزاد على الفريضة، بل يأخذ ذلك من أصل المال ويقسم الباقى بين الورثة[4]. فلو أوصى له بمثل نصيب ابنه محمد وله ابنان محمد وعلى فإن الموصى له أن يأخذ نصف المال ولمحمد وعلى نصف الباقى، وإن كانوا ثلاثة أولاد

[1] – بدائع الصنائع ٤٩٠١/١٠، تكملة المجموع للمطيعى ١١٥/١٥، المغنى لابن قدامة ٤٢٦/٨.

[2] – سبق تعريفه.

[3] – سبق تعريفهما.

[4] – جواهر الإكليل ٣٢٣/٢.

فللموصى له الثلث ثم يقسم الباقى بين الأولاد، وذلك لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال.

ويناقش هذا :

بأنه لو كان نصيب الوارث المعين من أصل المال ما أعطى الموصى له مثل نصيبه ولا حصلت له التسوية، وعبارة الموصى تقتضى التسوية بين الموصى له وبين الوارث، وإنما جعل له مثل أقلهم نصيبا لأنه المتيقن، وما زاد فمشكوك فيه، فلا يثبت مع الشك.

وإن كان ورثة الموصى متفاضلين فى الميراث فقد اختلف الفقهاء فى القدر الذى يستحقه الموصى له على مذهبين :

** فذهب جمهور الفقهاء إلى أن القدر الذى يأخذه إذا كانوا متساوين فى الميراث هو نفسه فى حالة تفاضلهم فى الميراث، أى أن الموصى له يأخذ مثل نصيب الوارث المعين مزادا على أصل الفريضة.

** وذهب مالك[1] ومن وافقه إلى أن نصيب الموصى له فى حالة تفاضل الورثة فى الميراث هو أنه ينظر إلى عدد رؤوسهم ويعطى الموصى له سهما من عددهم، فإن كان عدد رؤوس الورثة ثلاثة فله الثلث وإن كانوا أربعة فله الربع وهكذا، وذلك لأنه فى هذه الحالة لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رؤوسهم.

[1] - سبق تعريفه.

ويناقش هذا :

بأن هذا الكلام خلاف ما يقتضيه لفظ الموصى، فإن هذا ليس بنصيب لأحد ورثته، ولفظه إنما اقتضى نصيب أحدهم، وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم، فيصرفه إلى الوصى.

الرأى المختار :

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أولى بالقبول، لما ذكروه ورد دليل المخالف.

وإن كان الوارث غير مسمى :

فإما أن يكون للموصى ورثة متساوون، أو متفاضلون، فإن كان له ورثة متساوون فى الميراث كما لو كانوا أبناء أعطى الموصى له قدر ميراث أحدهم زائدا على الفريضة كواحد منهم زاد فيهم، فلو ترك ابنين وأوصى بمثل نصيب أحدهما كانت التركة سهمين بين الابنين يزاد عليها سهم للوصية، فيكون للوصية الثلث ولكل ابن من أبنائه الثلث، وهكذا إن كانوا ثلاثة كان للموصى له الربع ولكل واحد من الأبناء الربع، وإن كان ورثة الموصى متفاضلين فى الميراث أعطى الموصى له مثل نصيب أقلهم ميراثاً زائدا على فريضتهم، فإن كان الموصى له بنون وبنات يكون للموصى له نصيب بنت ولا يزيد على ذلك شئ[1].

[1] - المغنى لابن قدامة ٨/٤٢٦.

وهذا هو الذى أخذ به القانون، فجاء فى مادته الحادية والأربعين ما نصه : إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائدا على الفريضة إن كان الورثة متساوين فى الميراث – وقدر نصيب أقلهم ميراثا زائدا على الفريضة إن كانوا متفاضلين[1].

تنبيه :-

إذا زاد نصيب الموصى له عن الثلث فإن الموصى له يأخذ الثلث وما زاد يوقف نفاذه على إجازة الورثة، مثال ذلك : إذا أوصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فإن الموصى له يأخذ نصف المال على رأى جمهور الفقهاء، ويأخذ المال كله على رأى المالكية، فالزيادة هنا عن الثلث توقف على إجازة الابن فإن أجازها نفذت وإلا بطلت.

سادسا : الوصية بنصيب وارث.

إذا أوصى شخص بنصيب وارث و لم يذكر كلمة "مثل أو أقل أو أكثر" وإنما قال هذه العبارة فقط، كأن يقول : أوصيت لفلان بنصيب ابنى محمد، فإما أن يكون موجوداً أو غير موجود وقت الوصية، فإن كان غير موجود وقت الوصية فإن الوصية تصح عند الفقهاء، وإن كان موجوداً وقت الوصية فقد اختلف الفقها فى حكم هذه الوصية على مذهبين فى الجملة :-

* فذهب جمهور الفقهاء ومنهم جمهور الحنفية وبعض أصحاب الشافعى والقاضى من الحنابلة إلى أن الوصية باطلة، وذلك لأن نصيب ابنه ثبت بنص قاطع لا يحتمل التحويل إلى غيره بالوصية، فإذا أوصى به لرجل آخر فقد

[1] – شرح قانون الوصية ص ٨٢.

أوصى بما هو حق ثابت لابنه، وفى الوصية به تغيير لما فرضه الله عز وجل، وصار كما لو أوصى له بمال ابنه من غير الميراث، وكأن الموصى أضاف الوصية إلى ملك غيره، فصار كمن أوصى لرجل بملك زيد ثم مات فأجازه زيد فإن ذلك لا يجوز[1].

* وذهب زفر[2] من الحنفية ومالك[3] وأهل المدينة واللؤلؤى[4] وأهل البصرة وابن ابى ليلى[5] وبعض الشافعية والحنابلة فى وجه إلى صحة الوصية فى هذه الحالة[6]، وذلك لما يأتى :

١- إنه يجوز حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه، فقوله أوصيت بنصيب ابنى أى بمثل نصيب ابنى، وهذا جائز، فقد قال الله تبارك وتعالى "واسأل القرية[7]" أى أهلها.

ويناقش هذا :

بأن هذا الكلام غير مسلم وأنه قياس مع الفارق، وذلك لأن قول الموصى أوصيت بنصيب ابنى لا يدل على أنه قصد الوصية بمثل نصيب ابنه، لأنه لاتوجد

[1] – حاشية ابن عابدين ٦٦٩/٦، تكملة المجموع للمطيعى ١١١/١٥، المغنى لابن قدامة ٤٢٨/٨.

[2] – سبق تعريفه.

[3] – سبق تعريفه.

[4] – هو الحسن بن زياد اللؤلؤى، قال عنه يحيى بن آدم : ما رأيت أفقه من الحسن بن زياد، وقد تولى القضاء ثم تركه، مات سنة أربع ومائتين هجرية، انظر : طبقات الفقهاء ١٣٦.

[5] – سبق تعريفه.

[6] – تبيين الحقائق للزيلعى ١٨٨/٦، جواهر الإكليل ٣٢٣/٢، المغنى لابن قدامة ٤٢٨/٨، تكملة المجموع للمطيعى ١١٥/١٥

[7] – سورة يوسف من الآية ٨٢.

قرينة تدل على ذلك، فلا يترك المعنى الظاهر إلى غيره إلا بوجود قرينة تدل عليه، وهذا بخلاف سؤال القرية، وذلك لأن السؤال يدل على المسؤول وهم الأهل، فيجوز حذف المضاف إذا وجدت قرينة تدل على إقامة المضاف إليه مقامه.

٢- إن الموصى أوصى من ماله، لأن الجميع ماله وإنما ذكر الابن للتقدير به.

ويناقش هذا :

بأن لفظ الموصى يدل على الوصية بمال الابن، لأن الابن لا يرث إلا بعد موت أبيه، فتكون الوصية وصية بمال الغير، بخلاف ما إذا أوصى بمثل نصيبه، لأن مثل الشئ غيره لا عينه.

الرأى المختار :

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه القائلون بصحة الوصية فى هذه الحالة أولى بالقبول، لما ذكروه ورد أدلة المخالفين، يضاف إلى ذلك أن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت.

سابعاً : الوصية بضعف الوارث.

إذا أوصى شخص لفلان بضعف نصيب الوارث، فقد اختلف الفقهاء فى تحديد الضعف على النحو التالى :-

** فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الضعف مثلان، وهو بخلاف المثل، واختلاف الأسماء يوجب اختلاف المسمى إلا ما خص بدليل، ولأن الضعف أعم فى اللغة من المثل، فلم يجز أن يسوى بينه وبين المثل، ولأن الضعف من المضاعفة.

وبذلك يظهر أن الضعف فى حالة انفراده مثلان، فلو قال أوصيت بضعف نصيب فلان أى له مثلاه أما إذا تعدد الضعف بأن قال أوصيت بضعفى نصيب فلان فإنه يفسر بثلاثة أمثال، فالضعف الأول مثلان، وكل ضعف بعد الأول مثل، وكلما زيد ضعف زيد مثل، واستدلوا على ذلك بقول الله عز وجل "يضاعف لها العذاب ضعفين[1]" أى مثلين.

** وذهب المالكية فى المشهور عندهم إلى أن ضعف الشئ مثله، وعلى ذلك إن كان للموصى ابنان وأوصى لشخص بضعف نصيب ابنه فإنه يعطى مثل نصيب الابن، فيعطى نصف المال المتروك بشرط الإجازة بالنسبة للزيادة على الثلث.

[1] - سورة الأحزاب من الآية ٣٠.

وعند ابن القصار[1] ضعف الشيء قدره مرتين، وعلى ذلك فإن كان للموصى ولد واحد أعطى الموصى له جميع التركة[2].

ولكن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أولى بالقبول، لتأييد اللغة والعرف لذلك.

[1] – هو أبو الحسن على بن أحمد البغدادى، المعروف بابن القصار، الأبهرى الشيرازى، الإمام الفقيه الأصولى الحافظ النظار، له مؤلفات منها: كتاب في مسائل الخلاف لا يعرف للمالكين كتاب فى الخلاف أكبر منه، توفى رحمه الله سنة ثمان وتسعين وثلاثمائة هجرية. انظر : شجرة النور الزكية ٩٢.

[2] – المغنى لابن قدامة ٤٢٨/٨، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٤٧/٤.

المطلب الخامس

وجود الموصى به عند الوصية أو عند الموت

اتفق الفقهاء على صحة الوصية بالشئ الموجود المعلوم، ثـم اختلفـوا بعـد ذلك فى الوصية بالشئ المعدوم أى غير الموجود على النحو التالى :-

أ- إذا عين الموصى الشئ الموصى به بإشارة حسية أو معنوية فقال : أوصيت لـك بهذا العبد وأشار إليه أو بهذا القطيع من الغنم وما إلى ذلك فإن كانت الوصية بهذه الكيفية فهل يشترط وجود الشئ الموصى بـه فـى ملـك الموصـى حين الوصية أم لا ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين:-

** فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط وجود الموصى به فى ملك الموصـى وإلا بطلت الوصية، وذلك لأن التشخيص مسـاوٍ للوجـود، والمعـدوم لا وجـود لـه حتى يشار إليه[1].

** وذهب بعض الحنابلة وبعض الإمامية إلى أنه لا يشترط وجوده فـى ملكـه بـل الوصية فى هذه الحالة صحيحة[2].

[1] – الفتاوى الهندية ٦/١٠٥ طبعة المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، نتائج الأفكار ١٠/٤٩١، الشرح الكبير للإمام الدردير ٤/٤٤٠، حاشية الجمل ٤/٥٦، الإقناع للمقدسى ٣/٦٦.

[2] – الإقناع للمقدسى ٣/٦٦، شرائع الإسلام٢/٢٤٩.

ب- أما إذا لم يعين الشئ الموصى به و لم يشر إليه سواء أضاف ذلك إلى ماله أو ما عنده فقال أوصيت لك بثلث تركتى فهل يدخل فى ذلك غير الموجود وقت الوصية أم لا ؟

فى هذه الحالة لم يشترط الفقهاء وجود الشئ الموصى به وقت الوصية، بل أجازوا الوصية بما سيوجد بعد ذلك فى مال الموصى، بل قالوا : إن الوصية بذلك صحيحة وجائزة[1].

وبناء على ذلك يتفرع عن هذه المسألة بعض المسائل سوف أتناولها بالبحث فيما يأتى :-

المسئلة الأولى : الوصية بما تحمله هذه الأمة أو تلده أغنامه أو تحمله شجرته أبداً أو مدة معلومة :

ذهب الفقهاء إلى أنه تصح الوصية بما تحمله هذه الشجرة هذا العام أو مستقبلاً، لأن ذلك وإن كان معدوماً إلا أنه مما يقبل التمليك فى حياة الموصى، ولهذا فإنه يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة والإجارة فجواز امتلاكه بعقد الوصية من باب أولى.

ثم اختلفوا بعد ذلك فى حكم الوصية بما تحمله هذه الأمة أو تلده هذه الأغنام على مذهبين :-

[1] - نتائج الأفكار ٤٩١/١٠، الدرر شرح الغرر ٤٢٩/٢ طبعة دار السعادة، نهاية المحتاج ٥٠/٦، الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٤٠/٤، الإقناع للمقدسى ٦٦/٣.

** فذهب جمهور الفقهاء إلى صحة هذه الوصية، وذلك لأن الوصية إنما جوزت رفقا بالناس وتوسعة عليهم فاحتمل فيها وجوه من الغرر، فتصح بالمعدوم كما تصح بالمجهول[1].

** وذهب الحنفية وبعض الشافعية والزيدية إلى عدم صحة هذه الوصية بهذه الأشياء[2]، وذلك لأن وصيته بما تلد أغنامه أو تحمل به جاريته لا يقبل التمليك حال حياة الموصى، فكان مما يأباه القياس، ولذلك فإنه لا يجوز إيراد العقد عليه أصلاً ولا يستحق بعقد من العقود، فكذلك لا يدخل تحت الوصية، بخلاف الموجود منه فإنه يجوز استحقاقه بعقد البيع تبعاً وبعقد الخلع مقصوداً فكذلك يجوز استحقاقه بعقد الوصية.

ولكن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أولى بالقبول.

ولقد أخذ القانون برأى الجمهور فى ذلك فجاء فى المادة الخامسة والخمسين منه ما نصه "إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصى وما يستجد منها مستقبلاً، ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك"[3].

[1] - جواهر الإكليل ٣١٧/٢، السراج الوهاج ٣٣٧، نهاية المحتاج ٥٠/٦، الكافى لابن قدامة ٤٨١/٢.

[2] - تكملة فتح القدير ٤٩١/١٠، حاشية ابن عابدين ٦٤٩/٦، نهاية المحتاج ٥٠/٦، البحر الزخار ٣١٣/٥.

[3] - شرح قانون الوصية ٢٨٤.

المسئلة الثانية : الوصية بالحمل والصوف واللبن.

اتفق الفقهاء على صحة الوصية بالحمل إذا كان موجوداً فى بطن أمه وقت الوصية، كذلك تصح الوصية بالصوف واللبن، وذلك لأن الوصية بالمعدوم جائزة عند أكثر الفقهاء فهذا أولى، ولأنه يجرى فيه الإرث فتجرى فيه الوصية، ولأن المنع كان من أجل الغرر، والغرر لا يمنع صحة الوصية فجرى ما جرى إعتاق الحمل[1].

وإنما اختلف الفقهاء فى الوقت المعتبر لصحة الإيجاب على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية إلى أن الوصية تصح إذا انفصل الحمل حيا وعلمنا وجوده حال الوصية، سواء كان الحمل للأمة أو للدابة، أى أن وقت الوجوب هو وقت الوصية[2].

** وذهب جمهور الحنفية إلى أن وقت الوجوب هو وقت موت الموصى، فإن جاءت به الأمة لأقل من ستة أشهر من موت الموصى حكم بصحته[3].

ولكن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أولى بالقبول.

[1] - تبيين الحقائق ١٨٦/٦، جواهر الإكليل ٣٢٠/٢، نهاية المحتاج ٥٠/٦، الكافى ٤٨١/٢، شرائع الإسلام ٢٩٤/٢، البحر الزخار ٣١٣/٥.

[2] - مواهب الجليل ٣٧٤/٦، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣٨٦/٤، نهاية المحتاج ٥٠/٦، المغنى لابن قدامة ٤٥٥/٨.

[3] - حاشية ابن عابدين ٦٥٤/٦.

المسئلة الثالثة : الوصية بالغلة والثمرة.

اتفق الفقهاء على صحة الوصية بالغلة والثمرة، أى بما تحمله هذه الشجرة من ثمار وما ينتجه هذا الحقل من غلة، وذلك لثبوت الاختصاص فى مثل هذه الأشياء كالوصية بالصوف واللبن، ولأنها تورث وتوهب وتستحق فى العقود الأخرى فكذلك تصح الوصية بها.

ولكن الوصية بالثمرة والغلة هل تكون على التأبيد أم مؤقتة بوقت معين ؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين :-

** فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الوصية بالثمرة والغلة تكون للموصى له على التأبيد، فيأخذ ما كان موجوداً وما سيوجد بعد ذلك، ما لم توجد قرينة تدل على خلاف ذلك، كأن يوصى له بغلة مزرعته لمدة خمس سنوات، أو بما تحمله هذه الأشجار هذا العام[1].

** وذهب الحنفية إلى التفريق بين الثمرة والغلة، فقالوا : إن أوصى بالغلة فإن ذلك يكون على التأبيد، أى للموصى له ما كان موجوداً منها وقت وفاة الموصى وما سيحدث بعد وفاته، ما لم تكن هناك قرينة تدل على خلاف ذلك، أما بالنسبة للثمرة فإن الوصية بها لا تكون على التأبيد، فلا يستحق الموصى له من الثمرة إلا ما كان موجوداً وقت وفاة الموصى، ما لم ينص الموصى على التأبيد.

وذلك لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة، ولا يتناول المعدوم إلا مجازاً، فإذا كان فيه ثمرة عند الموت صار مستعملاً فى حقيقته فلا يتناول المجاز، وإذا لم يكن

[1] - شرح الخرشى على مختصر خليل ١٦٩/٨، نهاية المحتاج ٥٠/٦، المغنى لابن قدامة ٤٥٩/٨.

فيه ثمرة يتنـاول المجـاز، ولا يجـوز الجمـع بينهمـا، إلا أنـه إذا ذكـر لفـظ الأبـد تناولهما بعموم المجاز[1].

ولكنني أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أولى بالقبول، لأنه لا وجهـة للتفريق بينهما.

وقـد أخـذ القـانون بـرأى جمهـور الفقهـاء فجـاء فـى مادتـه الخامسـة والخمسـين:" إذا كـانت الوصيـة بالغلـة أو الثمـرة فللموصَـى لـه الغلـة أو الثمـرة القائمة وقت موت الموصى ومـا يستجد منهـا مستقبلاً، مـا لم تـدل قرينـة علـى خلاف ذلك[2]".

المسئلة الرابعة : الوصية بالدين.

اتفق الفقهاء على أنه تصح الوصية بـالدين لمـن عليـه ديـن ولغـيره، إلا أن تمليكها لمن عليه الدين تكون بمثابة براءته من هذا الدين.

وإن كانت الوصية لغير من عليـه الديـن فإنـه تجـوز استثناءاً، وذلـك لأن تمليك الدين لا يجوز، ولكن استثنى هذا الأصل فى الحوالة به والوصية[3].

[1] – تبيين الحقائق ٢٠٤/٦، نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ٤٩١/١٠.

[2] – شرح قانون الوصية ٢٨٤.

[3] – حاشية ابن عـابدين ٦٦٦/٦، الإفصـاح لابـن هبـيرة ٦١/٢، الوصيـة للبرديسـى ص ٧٥، أحكـام الوصايا فى الفقه الإسلامى ص ٢٨٨.

المطلب السادس

طريقة تنفيذ الوصية بالمال

إذا كان فى التركة دين أو مال غائب

اتفق الفقهاء على أنه إذا كانت الوصية بسهم شائع كالثلث والربع والسدس، أو كانت الوصية بنقود مقدرة كمائة أو ألف، أو كانت الوصية بعين معينة أو نوع من ماله، وكانت التركة كلها مالا حاضراً ولم يكن منها شئ غائبا أو ديونا على أحد فإن الوصية تنفذ فى المال مرة واحدة وليس فيها ضرر على الورثة، بل فيها نفع للجميع، حتى يتمكن كل واحد من أخذ نصيبه واستثماره وتنميته[1]، وإن كانت التركة كلها مالا غائبا أو ديونا فإن تنفيذ الوصية يؤخر حتى يحضر شئ من هذا الغائب، فكلما حضر شئ قسم بين الموصى لهم والورثة بنسبة أنصبائهم.

وإن كان فى التركة مال حاضر وآخر غائب أو دين، أو كانت خليطا من الأنواع الثلاثة واتفق الموصى له مع الورثة على طريقة لأخذ حقه وجب اتباع ما اتفقوا عليه، ما لم يكن هذا الاتفاق فيه ظلم لأحدهم[2]، فإن لم يتفقوا فيما بينهم فإن الفقهاء فرقوا بين ما إذا كان هذا الدين على وارث وبين ما إذا كان الدين على أجنبى.

[1] - تبيين الحقائق ١٩٠/٦، جواهر الإكليل ٣٢٢/٢، المبدع فى شرح المقنع ٦٣/٦، تكملة المجموع للمطيعى ٨٨/١٥.

[2] - شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٥٤.

أ - إن كان الدين على وارث :

فإنه يكون مضمونا بنصيبه من المال الحاضر، فيأخذ حكم المال الحاضر، وعليه فإما أن يكون الدين لم يحن وقت أدائه عند قسمة التركة، أو يكون قد حان وقت أدائه.

أولا :- إذا لم يكن قد حان وقت أدائه عند قسمة التركة فإن الموصى له يأخذ من وصيته ما يساوى ثلث المال الحاضر فقط، ثم يأخذ باقيها عند حلول الدين وقبضه، وذلك لأن الدين لم يحن موعد سداده، فيكون غير مستحق الأداء قبل حلول موعده.

ثانيا :- إذا حان وقت سداد الدين عند قسمة التركة فإنه يكون مضمونا بنصيب الوارث المدين، فيعد كالمال الحاضر فيما يساوى ذلك النصيب.

وفي هذه الحالة : فالدين إما أن يكون أكثر من نصيب الوارث المدين في المال الحاضر أو مساوياً له أو أقل منه.

فإن كان الدين أكثر من نصيب الوارث المدين فإنه يحسب منه مقدار ما يساوى نصيبه فى الحاضر ويضاف إلى المال الحاضر.

وما زاد عن ذلك فهو بمثابة الدين على الأجنبى، أى أنه لا يضاف إلى التركة إلا إذا قبض بالفعل، فيأخذ الموصى له من وصيته ما يعادل ثلث المال مضافا إليه من الدين مقدار نصيب الوارث المدين.

مثال ذلك : ما إذا أوصى شخص لآخر بثلث تركته وترك ابنين أحدهما مدين بمائتى جنيه وترك مائة نقداً فإن الموصى له يأخذ خمسين جنيها نقداً، وكل واحد من الأولاد يأخذ خمسين جنيها، ويبقى فى ذمة ابنه

المدين مائة وخمسون جنيها يكون حكمها كدين الأجنبى يأخذ منهـا الموصى له بعد قبضها خمسين.

أما إن كان الدين أقل من نصيبه من المـال الحـاضر أو مسـاوياً لـه فإن الموصى له فى هذه الحالة يأخذ نصيبه كاملاً من المال الحـاضر مـادام يخرج من ثلث التركة، ولا يؤجل منه شئ، سواء كـان الديـن مـن جنـس المال الحاضر أو لم يكن من جنسه، فإن كان من جنس المـال الحـاضر مـن التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة بينه وبين سهام الوارث المدين، وإن لم يكن من جنسه كان نصيب ذلك الـوارث بمنزلـة الرهـن بمـا عليـه مـن الدين عند الموصى له وبقية الورثة لا يأخذه إلا إذا أدى مـا عليـه، فـإن لم يؤده باع القاضى منه مقدار ما يوفى الديـن، فـإذا أوصـى شـخص لآخـر بمائتى جنيه، وترك ولدين أحدهما مدين بمائتى جنيـه وحـل وقـت أدائهـا وترك أربعمائة جنيه نقدا فإن التركة تقسم على ثلاثة أسهم، للموصى لـه سهم، ولكل ابن سهم، ويعد الدين مالا حاضرا وتقع المقاصة بينـه وبـين أسهم الابن المدين، فـلا يـأخذ شـيئا مـن النقـد الموجـود، بـل يقسـم بـين الموصى له والابن الآخر، فيأخذ كل واحد مائتين، وبهـذا يكـون الموصـى له قد استوفى حقه من المال الحاضر.

أما إذا كان الدين لم يحن أجله فإن الموصى له لا يـأخذ غـير ثلـث الأربعمائة فقط، ثم يأخذ باقى حقه عند استيفاء الدين.

وقد جاء فى المادة السادسة والأربعين من قانون الوصية ما نصه :" إذا اشتملت التركة على دين مستحق الأداء على أحد الورثة وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه واعتبر بذلك مالا حاضرا.

وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر فلا تقع المقاصة، ويعتبر هذا الدين مالا حاضراً إن كان مساوياً لنصيب الوارث فى الحاضر من التركة أو أقل، فإن كان أكثر منه اعتبر ما يساوى هذا النصيب مالاً حاضراً، وفى هذه الحالة لا يستولى الوارث على نصيبه فى المال الحاضر إلا إذا أدى ما عليه من الدين، فإن لم يؤده باعه القاضى ووفى الدين من ثمنه، وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً"[1].

ب- إن كان الدين على أجنبى :

فإن كانت التركة فيها دين على أجنبى، أو فيها مال غائب، فإما أن يوصى له بعين من أعيان التركة أو بنقود مرسلة أو بسهم شائع.

١- إن أوصى بعين من أعيان التركة :

كأن يوصى لشخص بدار من تركته، أو يوصى له بما فى كيسه من نقود وما إلى ذلك فإننا فى هذه الحالة ننظر إلى العين الموصى بها مع الحاضر من التركة فإن كانت العين تخرج من ثلث الحاضر استحقها الموصى له، لانتفاء الضرر عن الورثة.

[1] - شرح قانون الوصية ص ٢٥٥.

أما إذا كانت لا تخرج من ثلث المال الحاضر فإن الموصى له يستحق ما يعادل الثلث، ويكون الباقى من العين ملكا للورثة، فإن حضر شئ من المال الغائب أو حصل استيفاء بعض الدين فإن الموصى له يأخذ منه ثلثه حتى يتم استيفاؤه لباقى الوصية، وفى هذه الحالة يأخذ بعض الموصى به بعينه أو بعضه بقيمته.

٢- إن أوصى له بنقود مرسلة أى غير معينة :

كأن يوصى له بمائة جنيه والتركة فيها مال غائب ودين والمال الحاضر ثلاثمائة جنيه فإن الموصى له يأخذ المائة جنيه جميعها من المال الحاضر، لأن الموصى به لا يتعدى ثلث الحاضر، وذلك لأن الوصية مقدمة على الميراث، ولأن الموصى به شئٌ معلومٌ من التركة وليس شائعاً.

فإن لم يخرج الموصى به من ثلث الحاضر فإن الموصى له يأخذ ثلث الحاضر، وكلما حضر شئ من المال الغائب أو الديون أخذ منه بقدر ثلثه حتى يستوفى وصيته.

٣- إن أوصى له بسهم شائع من التركة كالثلث والسدس :

من ماله وكان بعض المال حاضراً وبعضه غائباً فإن الموصى له يأخذ من الحاضر مقدار سهمه، ويأخذ الورثة الباقى، على أنه كلما حضر شئ من المال الغائب أو من الدين أخذ الموصى له ما يساوى سهمه إلى أن يحضر كله.

وقد جاء فى القانون فى المادة الخامسة والأربعين منه ما نصه :" إذا كانت الوصية بسهم شائع فى نوع من التركة وكان فيها دين أو مال غائب

استحق الموصى له سهمه فى الحاضر من هذا النوع إن كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة، وإلا استحق الموصى له من سهمه بقدر هذا الثلث، ويكون الباقى للورثة، وكلما حضر شئ استحق الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصى بسهم فيه، على ألا يضر ذلك بالورثة، فإن كان يضر بهم أخذ الموصى له قيمة ما بقى من سهمه فى النوع الموصى به من ثلث ما يحضر حتى يستوفى حقه"[1].

[1] - شرح قانون الوصية ص ٢٥٣.

المبحث الثاني

الوصية بالمنافع

وفيه ثمانية مطالب :

المطلب الأول

معنى المنفعة

أولاً معنى المنفعة لغة :

المنفعة هى اسم من نفع، والنفع هو الخير، وهو : ما يتوصل بـه الإنسـان إلى مطلوبه، يقال: نفعنى كذا ينفعنى نفعا ونفيعة فهو نـافع، وبـه سمـى، وانتفع بالشئ ونفعه الله به، والمنافع جمع منفعة[1].

ثانياً معناه اصطلاحاً :

لقد اختلف الفقهاء فى مدلول المنافع على قولين :

** فقال جمهور الفقهـاء : إن المنـافع تطلـق علـى ثمـرات الأعيـان، سـواء أكانت أعراضا[2]، أم أعياناً، متولدة[3] منها أو غير[4] متولدة منها[5].

** وقال الشافعية فى المعتمد : إن المنافع تطلق على الأعـراض التـى تقـوم بالأعيان، كسكنى الدار وركوب الدابة وغير ذلك.

[1] - المصباح المنير ص ٢٣٦، المعجم الوسيط ص ٩٧٩.

[2] - أعراضاً : كسكنى الدار، وركوب الدابة، والخدمة، ونحو ذلك.

[3] - الأعيان المتولدة منها كالزروع والثمار التى تتولد من الأعيان.

[4] - وغير المتولدة منها - كأجرة العبد والسيارة والأرض وكسب الإنسان وغير ذلك.

[5] - حاشية ابن عابدين ٦٩٢/٦، الكافى لابن قدامة ٤٨١/٢، شرح حدود ابن عرفة ٣٩٦.

وإن إطلاقها على غيرها من ثمـرات الأعيـان إنمـا هـو بطريـق المجـاز إذا وجدت قرينة تدل على ذلك[1].

ولقد عرفها بعض العلماء المحدثين بتعـريف أوسع وأشمل فقـال : إن المـراد بالمنافع ثمرات الأعيان المالية وما يستفاد منهـا بحسـب مـا هـى مهيـأة لـه خلقـاً أو وضعاً أو جعلاً، سواء أكانت تلك الثمرات أعياناً مادية متولدة من الأصل أم غير متولدة، أم كانت أعراضاً قائمة بتلك الأعيان، والثمرات المتولدة تشـمل الأجـور التى تعطى فى مقابلة الانتفاع بتلك الأعيان واستعمالها، كـأجرة الأرض الزراعيـة والـدور، والمـراد بـالأعراض الصفـات اللازمـة للأعيـان التـى تكـون بهـا صالحـة للانتفاع، كصلاحية الدواب للركوب والحمل والجر، والدور للسكنى[2].

وقانون الوصية عد ذلك الذى تقدم جميعه من المنافع، وتوسـعت المذكـرة التفسيرية فجعلت الوصية بالمنافع تشمل الوصية بحقوق الارتفـاق، وحـق التعلـى، والوصية بقدر من المال يدفع شهرياً مـن غلـة أرضـه، والوصيـة بـأن تبـاع أرضـه لشخص مسمى بثمن معين أو بالتأجير له كذلك، أو بالإقراض أو بقسمة التركـة على وجه معين[3].

[1] – نهاية المحتاج شرح المنهاج ٨٣/٦.

[2] – شرح قانون الوصية للشيخ أبى زهرة ١٣٦ فى الهامش، حكاه عن الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله.

[3] – انظر شرح قانون الوصية ص ١٤٢.

ولقد نقد فضيلة الشيخ محمد أبو زهرة هذا التعميم، كذلك نقده الأستاذ الدكتور محمد شلبى فقالا : إن هذا التعميم الأخير ليس كما ينبغى، لأنه إن أريد به أن هذه الأشياء الموصى بها داخلة فى حد المنافع فغير مسلم، لأن منها أشياء ليست ثمرة للمال كبيع هذه العين أو تأجيرها لفلان أو قسمة التركة، وإن أريد به أن هذه الوصايا هى منافع للموصى لهم فلا وجه لقصرها على هذه الأشياء، بل إن الوصية بالأعيان فيها منافع للموصى لهم، كما أن هذا الشمول غير مسلم حتى فى مسلك القانون نفسه لأنه جعل للوصية بالمنافع فصلاً وللوصية بالمرتبات فصلاً آخر وللوصية بالحقوق والإقراض وتقسيم أعيان التركة مواد أخرى وهى المواد ١١، ١٢، ١٣، ولم يذكر فى فصل الوصية بالمنافع غير الوصية ببيع عين من التركة أو تأجيرها، وقد جاء حكمها بالمادة السادسة والخمسين[١].

[١] - انظر أحكام الوصايا ص ١٨٥ وما بعدها.

المطلب الثانى

حكم الوصية بالمنافع

اختلف الفقهاء فى صحة الوصية بالمنافع على مذهبين :

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفيــة والمالكيـة والشـافعية والحنابلـة والزيديـة والإمامية والإباضية إلى صحة الوصية بالمنـافع[١]، فـإن أوصـى بثمـرة شـجرة أو خدمة حيوان أو غير ذلك من المنافع فإن ذلك جائز.

** وذهب الظاهرية وعبد الرحمن[٢] بـن أبـى ليلـى وابـن شـبرمة[٣] إلى أن الوصيـة بالمنافع باطلة، فلا تصح[٤].

[١] – حاشية بن عابدين ٦٩٢/٦، الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٤٥/٤، مواهب الجليل ٣٨٤/٦، نهايـة المحتـاج ٨٩/٦، المبـدع شـرح المقنـع ٥٧/٦، البحـر الزخـار ٣١٢/٥، تذكـرة الفقهـاء ١ الوصايـا، الإيضاح ٩١/٤.

[٢] – سبق تعريفه.

[٣] – هو أبو شبرمة عبد الله بن شبرمة الكوفى، أحد الأعلام، من فقهاء التابعين، ولد سنة اثنتين وسـبعين هجرية، روى عن أنس وأبى الطفيل والشعبى وطائفة، كان فقيهاً عفيفاً ثقة، توفى سنة أربع وأربعين ومائة هجرية.

انظر : طبقات الفقهاء ٨٤، الفكر السامى ١٨٩/٢.

[٤] – المحلى لابن حزم الظاهرى ٣٩٣/٩، المغنى لابن قدامة ٤٦٢/٨.

الأدلـــة

استدل جمهور الفقهاء على صحة الوصية بالمنافع بأن المنفعة يصح تمليكهـا بعقد المعاوضة فصحت الوصية بها كالأعيان، يضاف إلى ذلك أن الوصية يتوسـع فيها ما لا يتوسع فى غيرها من العقود.

كما يلاحظ أن ملك المنفعة وملك العين ليست الملازمة بينهما تامة بحيث لا تقبل الافـتراق، إذ لا دليـل علـى هـذه الملازمـة، فيجـوز تملـك العـين للـوارث والمنفعة للموصى له بها، كما هو الشـأن فـى الإجـارة، فـإن المؤجـر يملـك العـين والمستأجر يملك المنفعة.

واستدل القائلون ببطلان الوصية بالمنافع بما يأتى :

١- إن الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث، وذلك لأن نفاذ الوصية إنما يعتـبر بعـد موت الموصى، فتحدث المنافع على ملك الوارث، لأن الرقبة ملكهم، وملـك المنافع تابع لملك الرقبة، فكانت الوصية بالمنفعة وصية بمال الورثة فلا يصح.

ويناقش هذا :

بأن الموصى لما أفرد ملك المنفعة بالوصيـة فقـد جعلـه مقصـوداً بـالتمليك، فيكون غير تابع للأصل، فلا يكون الوصية به وصية بمال الوارث.

٢- إن الوصية بالمنافع وصية بشئ معدوم، والوصية بالمعدوم لا تجوز.

ويناقش هذا :

بأن الإجارة حال الحياة ترد على المنفعة وهى معدومة وقت العقد عليها ومع ذلك تقولون بصحة العقد عليها فمن باب أولى الوصية بها، لأن الوصية يتسامح فيها لمصلحة الموصى والموصى له.

يضاف إلى ذلك أن الوصية من عقود التبرعات التى لا مشاحة فيها، بخلاف الإجارة فإنها من عقود المعاوضات.

٣- إن الوصية بالمنافع فى معنى الإعارة، إذ الإعارة تمليك للمنفعة بغير عوض، فكذلك الوصية بالمنفعة، والعارية تبطل بموت الغير، فكذلك الوصية.

ويناقش هذا :

بأن هذا قياس مع الفارق فلا يصح، وذلك لأن المعير جعل ملك المنفعة مقصوداً بالتمليك فى الحال لا بعد الموت، بخلاف الوصية فإن الانتفاع بها لا يكون إلا بعد الموت.

ونظير ذلك التوكيل حال الحياة والتوكيل بعد الموت بطريق الإيصاء، فإن كلا منهما إنابة عن الغير، ولكن الأول يبطل بموت الموكل، والثانى لا يبطل بموت الموكل.

الرأى المختار :

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بصحة الوصية بالمنافع أولى بالقبول، لما ذكروه وردهم على أدلة المخالفين.

المطلب الثالث

أقسام الوصية بالمنافع

إن الوصية بالمنافع تأتي على أشكال مختلفة، فقد تكون مقيدة بوقت معين، وقد تكون مطلقة عن الوقت، وقد تكون مؤبدة.

أ- الوصية المقيدة بوقت معين :

إن الوصية المقيدة بوقت معين لها صورتان :

الصورة الأولى :-

إذا كانت مدة الانتفاع بالوصية مبهمة غير معلومة البدء والنهاية كأن يقول الموصى أوصيت لمحمد الانتفاع بهذه السيارة لمدة أربع سنين من غير تحديد لوقت البدء أو الانتهاء فإن الفقهاء قالوا : إن الموصى له يملك الانتفاع بالموصى به، ولكن هل انتفاعه هذا من يوم موت الموصى أو من وقت تنفيذ الوصية ؟.

إن هذا مبنى على وقت تقدير الثلث واختلاف الفقهاء فيه، وقد سبق تفصيله.[1]

الصورة الثانية :

وهى إذا كانت مدة الانتفاع بالوصية معلومة البدء أو النهاية، أو معلومة البدء والنهاية معاً، كما إذا أوصى لمحمد استخدام سيارته من أول المحرم سنة ثلاث عشرة وأربعمائة هجرية، أو قال استخدم سيارتي إلى سنة خمس عشرة وأربعمائة هجرية، أو حدد البداية والنهاية، فإن الموصى له يستحق الانتفاع بهذه السيارة إن وقعت المدة المحددة بعد وفاة الموصى، فإن امتد أجل الموصى إلى نهاية

[1] - ص ٢٣١

هذه المدة بطلت الوصية كلها، وإن امتد إلى جزء منها بطلت الوصية في هذا الجزء وبقيت في الباقي من المدة، وصارت كهلاك العين الموصى بها أو تعيبها، وإن مات الموصي قبل مجئ الزمن المحدد فإن الورثة ينتفعون بها إلى مجئ ذلك الوقت المحدد، فإن استوفى الموصى له المنفعة في هذه المدة فقد أخذ حقه وصحت الوصية، أما إذا لم يتمكن الموصى له من استيفاء المنفعة في هذه المدة فضاعت عليه لعدم وجودها بسبب آفة أرضية أو سماوية كما لو أوصى له بثمرة بستانه سنة كذا فلم يثمر، أو بجائحة سماوية أو لعدم حضور الموصى له عند وفاة الموصي فقد اختلف الأحناف في هذه المسألة فيما بينهم، فقال بعضهم : إن الوصية تبطل، وقال آخرون : إن الوصية لا تبطل، ويعود بدل هذا الوقت بوقت آخر[1].

وقد أخذ القانون بقول القائل إن المدة تبدأ من وقت وفاة الموصي إذا لم يحدد بدءها ونهايتها، كما أنه أبطل الوصية إذا لم تستحق في مدة ثلاث وثلاثين سنة من موت الموصي استناداً إلى ما قاله الفقه الإسلامي من منع سماع الدعوى بالتقادم، وهذه المدة هي مانعة من سماع الدعوى بالحقوق، وبناء على ذلك فلا يكون هناك محل لبقاء الوصية إذا لم تكن الدعوى بها مسموعة.

ولقد رد على ذلك بعض العلماء المحدثين[2] فقال : ولكني ألاحظ أولاً أن ما ذكر لا يصلح علة للدعوى المذكورة وهي أن الوصية تبطل إذا لم تستحق في

[1] - نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ٤٨٦/١٠، أحكام الوصيه للأستاذ الدكتور علي الخفيف ص ٥٤١.

[2] - انظر الوصية وأحكامها ص ٣٧٥، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٣ ص ٨٦٨.

مدة ثلاث وثلاثين سنة من وقت وفاة الموصى، لأن المنع من سماع الدعوى لا يلزم منه البطلان.

والفقه الإسلامي لا يعترف بسقوط الحق ولا باكتسابه بالتقادم، ولكن الفقهاء قالوا بأن سكوت صاحب الحق عنه مدة معينة من الزمان مع التمكن من إقامة دعوى للمطالبة بحقه يعتبر قرينة بأنه ليس صاحب حق، ولذلك قالوا بمنعه من سماع دعواه بعد مضى تلك المدة المعينة، ولكن هذه القرينة تنتفى بطبيعة الحال إذا أقر المدعى عليه بحق المدعى وفى هذه الحالة تسمع دعوى المدعى.

والقول بأنه لا محل لبقاء الوصية إذا لم تكن الدعوى بها مسموعة غير مستساغ لوجوه منها :-

١- إن لبقاء الوصية محلاً ووجهاً حين لا يحدث نزاع بين الموصى له والورثة حال استحقاق الوصية أو حين يسلم المدعى عليه ويعترف بالحق فما الداعى إذاً للإبطال ؟.

٢- طبيعة الوصية أنها تمليك أو تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وإذا كانت تقبل الإضافة من وقت إنشاء الوصية إلى وقت موت الموصى، وهذه الإضافة غير مقيدة بوقت، فلو أوصى بوصية لشخص ثم طال الوقت ما بين إنشاء الوصية وموت الموصى حتى بلغ ثلاثاً وثلاثين سنة فلا شك أن الوصية صحيحة، رغم أن الوصية لم تلزم قبل موت الموصى فما بالها تبطل إذا مضت هذه المدة بعد موت الموصى، والحال أن الوصية تلزم بموت الموصى.

٣- من المسلم أن الوصية يتسامح فيها لطبيعتها وظروفها الخاصة بها، فاشتراط أن يكون الاستحقاق فى هذه المدة مما يتنافى وطبيعة الوصية، إلى غير ذلك من الاستدلالات التى ذكروها.

وقد جاء فى القانون فى المادة الحادية والخمسين ما نصه : إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له بدل المنفعة ما لم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى.

وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى وتضمينهم بدل المنفعة، وإذا كان المنع من الانتفاع من جهة الموصى أو لعذر حال بين الموصى له والانتفاع وجبت له مدة أخرى من وقت زوال المانع.

ب- الوصية المطلقة :-

وهى أن يقول الموصى : أوصيت لأحمد بمنفعة دارى أو بستانى، وما إلى ذلك من غير تقييد بمدة.

فقال الشافعية والحنابلة : إنها تحمل على التأبيد كالوصية المؤبدة[١]، وذلك لأن الموصى لما كان فى مقام بيان مراده و لم يقيد علمنا أن إطلاقه هذا يدل على

[١] - نهاية المحتاج ٦/٥٠، الإقناع للحجاوى ٣/٦٧.

التأبيد، وإلا لكان مخلاً ببيانه، كذلك أعراف الناس جرت على هذا، فيجب اعتبارها حيث لا نص.

جـ- الوصية المؤبدة :-

وهى أن يقول الموصى : أوصيت لأحمد بمنفعة دارى هذا أو بستانى على التأبيد، وهذا جائز باتفاق الفقهاء.

والوصية المطلقة والمؤبدة لها عدة صور منها :

أولا : أن تكون الوصية لمعين واحد أو أكثر من واحد، كأن يقول الموصى : أوصيت لأحمد بأخذ ثمار حديقتى هذه أبداً أو مدة حياتى، أو يقول : أوصيت لأحمد باستعمال سيارتى.

فإن الحكم فى هذه الصورة يقتصر على هذا المعين، فإن مات الموصى له فقد اختلف الفقهاء فى : هل تبقى الوصية لورثة الموصى له أم أنها تعود إلى ورثة الموصى ؟ على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوصية تعود بعد حياة الموصى له إلى ورثة الموصى، وذلك لأن الموصى حيث أوصى لشخص بعينه دل ذلك على أنه خصه بالوصية، ولو أراد غيره أو أراد انتقالها لورثة الموصى له لنص على ذلك، وهذه وصية بالاستعمال، والاستعمال يختلف من شخص لآخر، وغالباً يوصى الإنسان لمن يثق فيه ويطمئن قلبه إليه[1].

[1] – العناية على الهداية ٨/٤٨١، تكملة المجموع للمطيعى ٩٤، ٩٥.

** وذهب المالكية إلى أن الوصية تورث عن الموصى له، فيأخذها أولاده من بعده إن بقى من زمنها شئ، وزمنها قد يحدد بوقت، وقد يحدد بحياة الشئ الموصى بمنفعته، وقد يطلق فيحمل على وجود الشئ فتورث.

إلا إن قام دليل على أن المراد الوصية للموصى له مدة حياته فقط فإنها فى هذه الحالة لا تنتقل لورثته[1].

وقد أخذ القانون بمذهب الجمهور فى أن الوصية بالمنفعة على وجه التأبيد أو كانت مطلقة تكون للموصى له مدة حياته ولا تنتقل إلى ورثة الموصى له.

فقد جاء فى المادة الحادية والستين ما نصه : وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة استحق الموصى له المنفعة مدة حياته، بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة فى ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى.

ثانياً : أن تكون الوصية بالمنافع لقوم غير محصورين ولكن يظن انقطاعهم، وكانت الوصية لهم على وجه التأبيد أو مدة حياتهم أو مطلقة كما لو أوصى لبنى فلان بسكنى داره الفلانية، والحكم فى هذه الحالة أنهم ينتفعون بهذه السكنى إلى أن ينقرضوا ويحصل اليأس من وجود قوم آخرين، ثم تعود الوصية إلى ورثة الموصى.

[1] - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤/٤٤٨.

ثالثاً : أن تكون الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين ولا يظن انقطاعهم، أو كانت الوصية لجهة ولا يظن انقطاعها، كأن يوصى للفقراء والمساكين بغلة هذه المزرعة ففى هذه الحالة تستمر الوصية بصفة دائمة، وتكون الوصية هنا بمعنى الوقف، فالعين ينتفعون بغلتها دائماً مع حبس العين.

وقد سبق الحديث عن الوصية لغير المحصورين ولمن تدفع إليه الوصية منهم.[1] وكذلك إذا أوصى لقوم معينين ومن بعدهم لقوم لا يحصون فإن الوصية تنفذ على هذه الصفة، فتكون للمعينين المدة التى يحددها الموصى أو طوال حياتهم إذا لم يحدد لهم مدة، ومن بعدهم لهؤلاء القوم غير المحصورين أبدا.

وقد جاء فى القانون فى المادة الثالثة والخمسين ما نصه :"إذا كانت الوصية بالمنفعة بمدة معينة ولقوم محصورين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر و لم يوجد أحد من المحصورين فى خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى أو فى خلال المدة المعينة للمنفعة فى المدة كلها أو بعضها على حسب الأحوال لما هو أعم نفعا من جهات البر.

[1] - انظر ص ١٦١.

المطلب الرابع
تقدير المنفعة الموصى بها

اتفق الفقهاء الذين أجازوا الوصية بالمنفعة أن لا تزيد قيمة الوصية فى هذه الحالة عن الثلث كما هو الشأن فى الوصية بالأعيان. إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم فى كيفية تقدير المنفعة الموصى بها على مذهبين فى الجملة :-

** فذهب الحنفية والمالكية إلى أن تقدير المنفعة الموصى بها يكون بتقدير العين المنتفع بها نفسها، فإن خرجت العين من ثلث التركة نفذت، وإن لم تخرج من ثلث التركة توقف نفاذها على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإلا بطلت الزيادة، وسواء كانت الوصية بالمنافع مؤقتة أو مؤبدة[1].

وذلك لأن الوصية بالمنافع حبس لها عن الورثة مدة انتفاع الموصى له بها، والمقصود من الأعيان منافعها، فإذا صارت العين لشخص والمنفعة مستحقة لآخر أصبحت العين بالنسبة لمالكها بمنزلة العين التى لا فائدة فيها[2].

[1] - بدائع الصنائع ٤٨٨٨/١٠، حاشية ابن عابدين ٦٩٢/٦، الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٤٦/٤، مواهب الجليل للحطاب ٣٨٤/٦.

[2] - ولقد قال الأستاذ الدكتور / محمد مصطفى شلبى : إن الأحناف لو عللوا لرأيهم هذا بأن المنفعة ليست أموالا فلا تقوم إلا فى ضمن عقد معاوضة كعقد الإجارة، والوصية ليست عقد معاوضة حتى تقوم فيها المنافع وحدها، لو قالوا ذلك لاستقام مع أصلهم فى المنافع.
انظر: أحكام الوصايا ص ١٩٥

ويناقش هذا :

بأن هذا الكلام غير مسلم على إطلاقه، فإنه إن سلم لهم هذا الكلام فى الوصية المؤبدة أو المطلقة فإنه لا يسلم لهم فى الوصية المقيدة بمدة معلومة كسنة أو سنتين.

** وذهب الشافعية والحنابلة والإمامية وبعض الزيدية إلى أن تقدير المنفعة الموصى بها تختلف باختلاف المدة الموصى بها[1].

فإن كانت مدة الانتفاع مؤبدة أو مطلقة أو مجهولة كالوصية لشخص مدى حياته ففى تقدير المنفعة وجهان :-

الوجه الأول :

أن تقدر المنفعة والرقبة معاً من الثلث، وذلك لأن تمليك المنفعة بهذه الكيفية يجعل العين لا قيمة لها فى نظر الورثة، يضاف إلى ذلك أن تقدير المنفعة لوحدها متعذر، لعدم تحديد مدة لها، وهذا وجه قوى.

الوجه الثانى :

أن تقدر بقيمة المنفعة وحدها، وذلك بأن تقوم العين بمنفعتها، ثم تقوم العين مسلوبة المنفعة، والفرق بينهما هو قيمة الوصية.

[1] - نهاية المحتاج شرح المنهاج ٨٩/٦، ولقد خالف الشافعية الحنابلة فى حالة ما إذا كان الموصى به بعض منافع العين، كما لو أوصى لشخص بصوف غنمه مثلا، فإنه فى هذه الحالة تقدر المنفعة وحدها، بأن تقوم الأعيان بمنافعها كلها، ثم تقوم بغير المنفعة الموصى بها، والفرق بينهما هو قيمة الوصية، سواء كانت مؤبدة أو مطلقة أو محددة المدة، معلومة أو مجهولة. انظر : المغنى لابن قدامة ٥٤٩/٨، تذكرة الفقهاء للحلى ١ الوصايا، البحر الزخار ٣١٨/٥.

وإن كانت مدة الانتفاع بالعين مؤقتة ومحددة بمدة معينة فإنه فى هذه الحالة تقدر المنفعة فقط دون العين، وذلك بأن تقوم العين بمنفعتها فى تلك المدة، ثم تقوم وحدها بدون المنفعة فيها، والفرق بينهما هو قيمة المنفعة، وهو مقدار الوصية.

الرأى المختار :

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة ومن معهم من التفصيل بين المنفعة المحددة وغير المحددة السابق ذكرها أولى بالقبول لما ذكروه، وردهم على أدلة المخالفين.

وقد جاء بيان ذلك فى القانون فى المادة الثانية والستين من قانون الوصية ونصها :"إذا كالنت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو بعضها، فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها فى هذه المدة"[1].

[1] - شرح قانون الوصية ص ١٥٨.

المطلب الخامس

نفقة العين الموصى بمنفعتها

اختلف الفقهاء فى : من تكون عليه نفقة العين الموصى بمنفعتها على مذهبين فى الجملة :-

** فذهب الحنفية و الشافعية فى غير الصحيح عندهم وابن قدامة[1] من الحنابلة إلى أن النفقة تكون على الموصى له بالمنفعة، وذلك لأن الموصى له بالمنفعة هو المنتفع بالعين فكان عليه ضرره، كالمالك لهما جميعا إذ الغرم بالغنم.

يضاف إلى ذلك أن صاحب المنفعة هو المالك لها على التأبيد، فكانت النفقة عليه كالزوج[2].

** وذهب الحنابلة فى المذهب والشافعية فى الأصح والإمامية إلى أن النفقة تكون على مالك العين، وذلك لأن النفقة على الرقبة فكانت على صاحبها، كالعبد المستأجر، وكما لو لم يكن له منفعة[3].

[1] - هو عبد الله بن أحمد بن قدامة الجماعيلى المقدسى ثم الدمشقى الحنبلى، أبو محمد موفق الدين، من أكابر فقهاء الحنابلة، له مؤلفات عديدة، منها روضة الناظر فى أصول الفقه، والمقنع، وذم التأويل، وذم الموسوسين وذم مدعى التصوف والمغنى، والتوابين مخطوط، والتبيين فى أنساب القرشيين مخطوط، والبرهان فى مسائل القرآن، وغير ذلك، ولد فى جماعيل سنة إحدى وأربعين وخمسمائة هجرية، وجماعيل قرية من قرى نابلس بفلسطين، تعلم فى دمشق، ورحل إلى بغداد سنة إحدى وستين وخمسمائة هجرية، وأقام بها نحو أربع سنين، ثم عاد إلى دمشق، وكانت وفاته فيها سنة عشرين وستمائة هجرية.

انظر : الأعلام ١٩١/٤، ١٩٢، البداية والنهاية ٩٩/١٣، شذرات الذهب ٨٨/د، الذيل على طبقات الحنابلة ١٣٣/٢ وما بعدها.

[2] - نهاية المحتاج ٦٨/٦، المغنى لابن قدامة ٤٦٠/٨.

[3] - المغنى لابن قدامة ٤٦١/٨، نهاية المحتاج ٦٨/٦، تذكرة الفقهاء للحلى الجزء الأول الوصايا.

ويناقش هذا من وجهين :-

الوجه الأول : أن قياس هذه الحالة على العبد المستأجر قياس مع الفارق فلا يصح، وذلك لأن نفع العبد المستأجر يعود فى حقيقة الأمر إلى المؤجر، لأنه هو الذى يأخذ الأجر عوضا عن منافعه، بخلاف الوصية بالمنافع فإن المستفيد بالمنفعة هو الموصى له، فتكون النفقة عليه.

الوجه الثاني : أن قياس هذه الحالة على من لم يكن له منفعة أيضا قياس مع الفارق فلا يصح، وذلك لأن في إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرراً محضاً فلا يجوز.

الرأى المختار :

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه القائلون بأن النفقة على الموصى له بالمنفعة هو الأولى بالقبول لما ذكروه ورد دليل المخالف.

ولقول النبى صلى الله عليه وسلم الخراج[1] بالضمان والغنم بالغرم[2].

ولقد أخذ القانون بهذا الرأى فى مادته الثامنة والخمسين ونصها :"إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة[3].

[1] – هو اسم للغلة والفائدة التى تحصل لمن يملك العين.

[2] – سنن النسائى ٢/٢١٥، طبعة دار الفكر بيروت.

[3] – شرح قانون الوصية.

المطلب السادس

بيع مالك الرقبة للعين الموصى بمنفعتها

اتفق الفقهاء على أن مالك الرقبة إن باعها للموصى له بالمنفعة صح البيع ونفذ وبطلت الوصية. ثم اختلفوا بعد ذلك فيما لو باعها لغير الموصى له بها على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء إلى أن هذا البيع صحيح نافذ ولا يتوقف نفاذه على إجازة الموصى له بالمنفعة، وتنتقل ملكية العين إلى المشترى الجديد، مع بقاء حق الموصى له فى المنفعة حتى يستوفى حقه منها، ثم تعود المنفعة إلى مشترى العين[1]، وذلك لأن حق الموصى له لا يتأثر بهذا الانتقال فلا يتوقف على رضا الموصى له.

** وذهب الحنفية إلى أن البيع يتوقف على إجازة الموصى له صاحب المنفعة فإن أجازه نفذ وبطلت الوصية، وذلك لتعلق حقه بهذا العين، فإن أجاز فقد أسقط حقه فيها، وإلا بطل البيع[2].

الرأى المختار :

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من صحة البيع ونفاذه دون التوقف على إجازة أحد أولى بالقبول، خصوصاً أنه ليس فيه ضرر على أحد من الورثة ولا على الموصى له.

[1] – تحفة المحتاج شرح المنهاج ٦٥/٧، المغنى لابن قدامة ٤٥٩/٨.

[2] – الفتاوى الهندية ٣٠٩/٦، أحكام الوصايا فى الفقه الإسلامى ص ٣٧٧.

وقد أخذ القانون بهذا الرأى فى مادته الستين فجاء فيها :"يجوز لورثة الموصى بيع نصيبهم فى العين الموصى بمنفعتها بغير حاجة إلى إجازة الموصى له[1].

[1] – شرح قانون الوصية ص ٢٨٤.

المطلب السابع

الوصية بمنفعة العين المستأجرة

اختلف الفقهاء فى حكم الوصية بمنفعة العين المستأجرة على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية إلى أن الوصية بمنفعة العين المستأجرة صحيحة، وذلك لأن الإجارة من العقود اللازمة فلا يبطلها الموت، سواء كان الميت هو المستأجر أو المؤجر ولذا تنتقل المنفعة المملوكة للمستأجر بموته إلى ورثته كبقية أمواله، وإذا صح انتقالها بالميراث صح انتقالها بالوصية، إلا إذا كان المؤجر قد اشترط على المستأجر أن يستوفى المنفعة بنفسه ففى هذه الحالة لا تصح الوصية[1].

** وذهب الحنفية إلى أن الوصية بمنفعة العين المستأجرة لا تصح، وذلك لأن الإجارة تبطل بموت المستأجر[2].

الرأى المختار :

وبعد فإننى أرى أن الوصية بمنفعة العين المستأجرة صحيحة جائزة هو المختار، لما ذكروه.

[1] – الشرح الكبير للإمام الدردير ٣٠/٤، نهاية المحتاج ٨٣/٦، منهى الإرادات ٥٢/٢، الإقناع للحجاوى ٣١١/٢، المغنى لابن قدامة ٤٦١/٨، اللمعة الدمشقية ٣/٢، البحر الزخار ٣١٢/٥.

[2] – المبسوط للسرخسى ٣٨/٤.

المطلب الثامن

استبدال الموصى له منفعة الموصى به بغيرها

ذهب الفقهاء إلى أن الوصية إذا كانت بلفظ يفيد جميع أنواع المنفعة كان للموصى له أن يستوفى هذه المنفعة بنفسه أو بغيره، كأن يقول الموصى للموصى له : أوصيت بمنافع هذا البستان لك تستوفيها كيفما شئت.

ثم اختلفوا فيما بينهم فيما إذا كانت المنفعة مطلقة أو مقيدة بنوع من أنواع الانتفاع هل يجوز له استبدال هذه المنفعة بأخرى، على مذهبين :-

** فذهب الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية إلى أنه يجوز للموصى له بالمنفعة أن يستغل الموصى به عن طريق التأجير، وذلك لأنه ملك المنفعة ملكاً تاماً، فملك أخذ العوض عنها[1].

أما إذا نص الموصى على أن الموصى له يستوفى المنفعة بنفسه، أو وجدت قرينة تدل على ذلك فإن الموصى له لا يملك إلا الاستعمال الشخصى فقط، تحقيقاً لرغبة الموصى.

** وذهب الحنفية فى الأصح عندهم إلى أن الموصى له لا يجوز له استبدال نوع من المنفعة بآخر، وذلك احتراما لرغبة الموصى، ولأن الناس يختلفون فى الاستعمال[2].

[1] – تكملة المجموع شرح المهذب ٩٢/١٥، المغنى لابن قدامة ٤٦٠/٨.

[2] – نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ٤٨٧/١٠، المبسوط للسرخسى ٣٨/٤.

الرأى المختار :

وبعد فإننى أرى أن ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من جواز استبدال المنفعة بأخرى أولى بالقبول، بشرط أن يكون استغلال الغير للمنفعة مماثلا لاستغلال الموصى له بدون زيادة، وإلا كان ضامنا للزيادة.

ولقد أخذ القانون بهذا الرأى فجاء فى المادة الرابعة والخمسين ما نصه : "إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذى يراه، بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها".

المبحث الثالث

الوصية بالحقوق

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول

الوصية بحقوق الارتفاق

أولاً معنى الحق في اللغة :

تطلق كلمة الحق في اللغة على معان كثيرة منها :

١- اسم الله تبارك وتعالى، أو صفة له، قال تعالى "هنالك الولاية لله الحق[١]" وقال تعالى " وردوا إلى الله مولاهم الحق[٢]".

٢- الثبوت والوجود : قال تعالى "فريقا هدى وفريقا حق عليهم الضلالة[٣]".

٣- العدل : قال تعالى "والوزن يومئذ الحق[٤]".

٤- اليقين : قال تعالى "وما يتبع أكثرهم إلا ظنا إن الظن لا يغني من الحق شيئا[٥]".

وهو أيضاً خلاف الباطل، وهو مصدر حق الشئ من باب ضرب وقتل إذا وجب وثبت.

[١] - سورة الكهف من الآية رقم ٤٤.

[٢] - سورة يونس من الآية رقم ٣٠.

[٣] - سورة الأعراف من الآية رقم ٣٠.

[٤] - سورة الأعراف من الآية رقم ٨.

[٥] - سورة يونس من الآية رقم ٣٦، وانظر : القاموس المحيط مادة حقق، لسان العرب مادة حقق.

ثانياً معناه اصطلاحاً :

إن الحق قد أطلق فى عبارات الفقهاء على معان متعددة منها إطلاقه على الآثار أو الالتزامات التى تترتب على العقد وتتصل بتنفيذ أحكامه مثل تسليم الثمن، ومنها أنه يطلق على ما يمنح للقضاة والفقهاء من بيت المال، ومنها أنه يطلق على بعض مرافق العقار مثل حق الطريق وحق المسيل وحق الشرب إلى غير هذا من المعانى[1].

ولقد عرف الحق أستاذنا الدكتور على أحمد مرعى بأنه :"ما أدى شرعا إلى اختصاص بسلطة أو مطالبة بفعل أو ترك[2]".

ولكن المقصود بالحق هنا فى هذا المقام هو حقوق الإنسان التى تنتقل بالإرث بعد موت صاحبها، أو يتناولها العقد حال حياته، كحق المسيل وحق الشرب وحق المرور والتعلى والبقاء فى الحكر وحق الخيار وحق حبس العين المرهونة والدين فى ذمة المدين وما إلى ذلك، وسوف أتناول كل حق بشئ من التفصيل.

وفى الجملة : إن أى حق من هذه الحقوق يورث يصح الوصية به عند الفقهاء.

فالحنفية يجيزون الوصية بحقوق الارتفاق فى حالات منها : إذا كانت تبعا لأرض فيوصى بالأرض وبها، ومنها أن يوصى بالمرافق لمالك أرض ينتفع بها،

[1] – انظر : الأشباه والنظائر لابن نجم ص ١٢١، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٦ طبعة الحلبى.

[2] – انظر : حق النفقة الزوجية لأستاذنا الدكتور على مرعى ص ١٣ طبعة مطبعة السباعى.

بشرط أن تقوم قرينة على دخولها فى الوصية، وذلك قياساً على دخول هذه المرافق تبعا فى البيع فكذلك تدخل فى الوصية بهذه الأشياء[1].

وكذلك بالنسبة للخيارات فما يورث منها تصح الوصية به وما لا يورث من الخيارات لا تصح الوصية به.

وقد جاء فى المادة الحادية عشرة من القانون ما نصه :"تصح الوصية بالخلو وبالحقوق التى تنتقل بالإرث ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر". ولقد أخذ القانون فى هذا بمذهب الحنفية فى جواز الوصية بحقوق الارتفاق، لأنها تورث، وقيدت مذكرته التفسيرية جواز الوصية بها بأن تكون تبعا للأرض الموصى بها أو لمالك أرض ينتفع بها[2].

وقد عد ذلك الشيخ محمد أبو زهرة من قبيل المنفعة الخالصة فقال :"وهذا مبنى على ما قرره بعض الفقهاء بناء على القول بأنه لا يجوز التصرف فى حقوق الارتفاق منفردة عن العقار، وإنما جازت الوصية بالانتفاع بها على أنه من قبيل تمليك المنفعة، وإن كان لا يوجد هناك من الفقهاء من يقول بجواز بيع حقوق الارتفاق منفردة بناء على العرف[3]".

[1] – بدائع الصنائع ١٦٤/٥، الفتاوى الهندية ٤٠٨/٥.

[2] – شرح قانون الوصية ص ١٠٧.

[3] – شرح قانون الوصية ص ١٠٤.

المطلب الثانى

الوصية بالخلو

معنـى الخلـو : هـو حـق الأولويـة فـى اسـتئجار العقـار الموقـوف أو الاختصـاص باستغلاله بحيث لا يكون لأحد حق الانتفاع إلا عن طريقه مقـابل ما يدفعه من مال كعمارة أعيان الوقف[1].

وقد أفتى بعض الفقهاء بصحة الوصية به بناء على العرف وله ثلاث صور :

الصورة الأولى :

أن يحتاج الوقف للمال لعمـارته، ولا مـال يعمـر بـه، فيتقـدم مـن يقـوم بعمارته، فيكون بسبب هذا المال الذى قدمه صاحب خلو، وله بهـذا حق ثابت من بقائه فيها بأجرة، ويسمى عندهـم حكـراً، ويكـون لـه بهذه العمارة حق فى أجرة العين الموقوفة يكافئ ما أنفـق، وذلـك إن تركها واستأجرها غيره.

الصورة الثانية :

أن تكون جهة الوقف بحاجة إلى المال، كأن يكون العقار موقوفاً على مسجد ويحتاج المسـجد إلى إقامـة بنائـه أو إلى مصـابيح أو إلى أجـرة لإقامة الشعائر فيه فيتقدم من يقوم بذلك على أن يكـون لـه الأولويـة فى إجارة العين الموقوفة عليه ولا يتجاوز ذلك.

[1] – الوصية فى الشريعة الإسلامية للشيخ عيسى أحمـد ص ١٣١، الوصيـة وأحكامهـا للأسـتاذ الدكتـور محمود على ص ٤١٥.

الصورة الثالثة :

أن يدفع شخص مـالا للواقف على أن يكون لـه حق الاختصاص بمنفعة العقار الموقوف، بحيث لا يكون لغيره حق الانتفاع إلا عن طريقه.

وصورة ذلك : أن الواقف إذا أراد أن يبنى محلا للوقف أو حانوتا أو نحو هذا يأتى له أناس يدفعون له نقوداً على أن يكون لكل شخص مكان من تلك المحال التى يريد الواقف بناءها، فإذا قبل منهم هذه النقود كانوا أولى الناس باستئجارها، وصار لهم الخلو.

وهذا شبيه بما يفعله الناس اليوم، من دفع مبلغ من المال لمن يريد بناء عمارة على أن يحسب ما دفعه من الإيجار[1].

[1] - شرح قانون الوصية ص ٢٧٥.

المطلب الثالث

تقدير قيمة الحق

إن الحقوق لا تقدر بمفردها، وإنما إذا صدرت وصية بحق من الحقوق السابقة التى تصح الوصية بها فإن تقدير الحق الموصى به يكون بتقويم العين محملة بهذا الحق، ثم تقوم مجردة عنه، ويكون الفرق بين القيمتين هو قيمة الحق، وهو مقدار الوصية، فإن زاد عن الثلث احتاج إلى إجازة الورثة فى القدر الزائد[1].

مثال ذلك ما إذا كانت أرض زراعية بمجراها تساوى مائة ألف، وبغير هذا الحق تساوى ثمانين ألف، فيكون حق الشرب فى هذه الحالة يساوى عشرين ألفاً.

وقد جاء فى المادة الثالثة والستون من القانون ما توافق هذا فجاء فيها :" إن الوصية إذا كانت بحق من الحقوق قدر بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه[2]".

[1] – الوصية للأستاذ الدكتور البرديسى ص ١٢٦.

[2] – شرح قانون الوصية ص ٣٧٥.

المطلب الرابع

الوصية بالمرتبات

الوصية بمرتب معناه أن يوصى شخص بقدر من المال يعطى فى أوقات دورية متساوية فى الزمن كشهر أو سنة لشخص أو أشخاص أو لجهة من الجهات، والوصية بمرتب قد تكون ببعض التركة وتسمى الوصية بالمال، وقد تكون بمرتب من الغلة، فإن كانت بمرتب من رأس مال التركة فإنها تكون من قبيل الوصية بالأعيان، وإن كانت بمرتب من الغلة فهى من قبيل الوصية بالمنافع.

ولذلك قسم القانون الوصية بالمرتبات إلى أربعة أقسام فقال :" الوصية بالمرتبات قد تكون من رأس المال ولمدة معينة، وقد تكون من الغلة ولمدة معينة، وقد تكون من رأس المال أو من الغلة لمعين طول حياة الموصى له، وقد تكون من رأس المال أو من الغلة لطبقات مدى الحياة.

وسوف أتناول ذلك بشئ من التفصيل فى أربعة أفرع :-

الفرع الأول الوصية بمرتب من رأس المال ولمدة معلومة :

إذا أوصى شخص لآخر بمرتب من رأس المال كأن أوصى له بعشرة جنيهات كل شهر من تركته فإنه يقدر بثلث التركة ثم يباع له ويوقف ثمنه على يد الوصى الذى ينفذ الوصايا أو على يد ثقة إن لم يكن له وصى وينفق عليه منه، فيعطى كل شهر المقدر له إلى أن تنتهى المدة المعلومة[1].

[1] - المبسوط للسرخسى ٥/٢٨.

ولكن ما الحكم لو زاد الموصى به عن الوصية أو نقص عنها ؟ فى هذه الحالة يعطى كل شهر راتبه، فإن زاد شئ بعد انتهاء المدة المعلومة فإن الموصى له يرجع به على الورثة، وإن نقص شئ عن المدة المعلومة فلا شئ للموصى له إلا بموافقة الورثة، وهذا بخلاف الوصية بالغلة وسيأتى.

وقد جاء ذلك فى القانون، فقد نصت المادة الرابعة والستون فيه على ما يأتى :"تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة، ويوقف مال الموصى بما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة، فإذا ما زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة و لم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث، وتنفذ الوصية فيه وفى غلته إلى أن يستوفى الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة أو إلى أن تنتهى المدة أو يموت الموصى له.

وقد فسرت المذكرة التفسيرية لقانون الوصية المصرى عدم الإضرار بأنه إذا كانت المدة قصيرة كعشر سنين أو أقل فإنه ينبغى أن تكون قيمة العين مساوية للمرتب فى المدة الموصى فيها لتكون ضماناً لاستيفاء المرتب منها إذا كان الإيراد لا يكفى و لم يكن فى إيقافها وكف يد الورثة عنها إضرارٌ بالورثة لقصر المدة ورجاء عودته إليهم سالمة عند نهاية المدة، أما إذا كانت المدة طويلة وهى ما كانت أكثر من عشر سنين فإنه ليس من اللازم أن تكون العين المخصصة للتنفيذ مساوية فى قيمتها لمجموع المرتبات فى المدة بل يكفى أن يكون إيرادها كافياً لتنفيذ الوصية منه حسب تقدير الخبراء ولو كانت قيمتها أقل من المرتب فى المدة، وذلك أن وقف عين من التركة قيمتها مساوية للمرتب زمنا طويلا يعود

بالضرر على الورثة فى بعض الأحوال، كما إذا كانت غلة العين الموقوفة أضعاف المرتب الموصى به، أو كان للورثة مصلحة خاصة فى هذه العين مع وجود عين أخرى أقل قيمة ذات إيراد يسع المرتب[1].

الفرع الثاني الوصية بمرتب من الغلة ولمدة معلومة :

إذا أوصى شخص لآخر بمرتب مدة معلومة من غلة التركة أو من غلة عين منها كأن أوصى محمد لعلى من غلة تركته أو غلة بستانه بمرتب شهريا عشر جنيهات لمدة عشر سنوات، أو يوصى لأولاد أخيه الأيتام بغلة عمارته على أن يعطوا منها شهريا مائة جنيه ففى هذه الحال لابد من تقدير الموصى به لمعرفة ما إذا كان يخرج من الثلث أم لا.

والوصية بالمرتب من الغلة ولمدة معينة إما أن يكون من غلة التركة كلها أو من غلة عين بعينها، فإن كان من غلة التركة فإن تقديرها يكون بتقدير التركة محملة بهذا المرتب الذى صدرت الوصية به ثم تقدر مرة أخرى غير محملة به، والفرق بين قيمة التقديرين هو مقدار الوصية، فإن زاد الفرق على الثلث كان لابد من إجازة الورثة فى القدر الزائد، ولا ينقص من المدة بنسبة ما زاد عن الثلث، أما إذا كان الموصى به غلة عين من الأعيان لمدة معينة فإن طريقة تقديرها تكون بقيمة الفرق بين قيمة العين محملة بالوصية وغير محملة بها ويكون الفرق بين القيمتين هو مقدار الموصى به، فإن كان يخرج من الثلث نفذت الوصية ووقفت العين بتمامها وكذلك لو كان أكثر من الثلث وأجاز الورثة ذلك فإن لم

[1] - شرح قانون الوصية ص ١٧٣.

يجيزوها فإنه ينقص من المرتب الشهرى وينقص كذلك من العين بنسبة ما نقص من المرتب[1].

أما إذا كانت الوصية بمرتب من غلة شئ كل سنة فإن الإمام مالكاً يفرق بين ما إذا نص الموصى على أن الموصى له يعطى حقه من كراء كل سنة وبين ما إذا لم ينص، فلو نص الموصى على أن الموصى له يعطى حقه من كراء كل سنة فزادت الغلة عن الراتب فى سنة من السنين فليس له إلا مرتبه عن هذه السنة والزيادة للورثة فإن نقصت الغلة بعد ذلك عن الراتب فليس له الرجوع بالنقص على الورثة فى الزيادة السابقة، وذلك لأن الموصى قيد الإعطاء بكونه من غلة كل سنة فتصير كل سنة منفردة عن الأخرى وقائمة بذاتها فلا يكمل بعضها بعضا ولا يوفى بعضها بعضا.

أما إذا لم ينص الموصى على أن الموصى له يعطى حقه من كراء كل سنة فزادت الغلة فى سنة عن المرتب أو نقصت عنه فى أخرى كان للموصى له الرجوع على الورثة بما يكمل راتبه، وإذا انقطعت الغلة فى بعض السنوات بعد ما زادت زيادة يمكن إخراج الراتب منها عن سنوات الانقطاع كان للموصى له الرجوع على الورثة بالراتب عن سنوات الانقطاع[2].

[1] – الوصية للأستاذ الدكتور البرديسى ص ١٣٣، أحكام الوصايا والأوقاف للأستاذ الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٢١٧.

[2] – المدونة للإمام مالك ٦١/١٥.

وقد نص القانون فى مادته الخامسة والستين على هذا فقال : إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به، فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية، وإن زاد عليه و لم يجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث، وكان الزائد من المرتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصى[1].

ولكن قد وجه فضيلة الشيخ أبو زهرة نقداً على هذا فقال : إن كانت المدة معلومة والمرتب معلوماً وعلم بمجموع المرتب فى المدة كلها فهذا هو مقدار الوصية فما الداعى إذاً لأن يقال تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به.

الفرع الثالث الوصية بمرتب من رأس المال أو من الغلة لمعين مدة حياة الموصى له:

إذا أوصى شخص لآخر بمرتب شهريا قدره مائة جنيه من رأس المال أو من غلة عين أو غلة التركة طوال حياة الموصى له تكون الوصية بذلك كالوصية بمدة معينة.

فقد نصت المادة السادسة والستون من القانون على أنه :"إذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو لغلة مطلقة أو مؤبدة أو مدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه

[1] - شرح قانون الوصية ص ١٨٥.

المبين فى المادة الرابعة والستين إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال ويوقف ما يغل المرتب الموصى به على الوجه المبين فى المادة الخامسة والستين إن كانت الوصية بمرتب من الغلة.

فإذا مات الموصى له قبل المدة التى قدرها الأطباء كان الباقى من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده، وإذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة التى قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة.

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية للقانون أن تقدير الحياة بمعرفة الأطباء أو أهل الخبرة منهم مأخوذ مما ورد فى مذهب مالك وبما ورد عن أبى يوسف.

ولقد قرر هذان الإمامان أن تقدير الحياة يكون بما يتوهم أن يعيشه فى العادة، ورأى القانون أن يكون تقدير الحياة بتقدير أهل الخبرة الذين ينبنى تقديرهم على أسس علمية وإن كانت ظنية مقربة لا قطعية معينة.

وقد انتقد الشيخ أبو زهرة هذا الموقف من القانون فقال كان على القانون أن يخضع للواقع فى الحالين فيجعل الوصية بالمرتب جارية عليه إلى نهاية حياته كما تدل على ذلك إرادة الموصى، وذكر أن القانون فيما قرره مخالف للمعقول فوق مخالفته لإرادة الموصى[1].

[1] – شرح قانون الوصية ص ١٨٤.

الفرع الرابع الوصية بمرتب من رأس المال أو من الغلة لطبقات مدى الحياة :

إذا أوصى شخص لآخر بعشر جنيهات كل شهر مدى الحياة ثم من بعده لذريته فإن هذه الوصية تصح لهذا الشخص مدى حياته ثم من بعده لبنيه الموجودين وقت وفاة الموصى وهم الطبقة الثانية، ولا تصح لأولاد الأولاد لأنهم الطبقة الثالثة.

وقد جاء فى القانون فى المادة السبعين ما نصه :"لا تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة لغير الموجودين من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم وقت موت الموصى، ويقدر الأطباء حياة الموجودين، وتنفذ الوصايا بمراعاة الأحكام المبينة فى الوصايا للمعينين[1]".

ولكن هذه الوصية صحيحة للطبقة الأولى لأن الموصى له موجودٌ عند وفاة الموصى، ثم وجدوا بعد ذلك لعدم تحقق الشرط.

وهذه الوصية مخالفة لغيرها من الوصايا لأنه على مذهب المالكية لا يشترط فى الموصى له غير المعين أن يكون موجوداً عند إنشاء الوصية ولا عند وفاة الموصى، وإنما يشترط إمكان وجوده فقط، فلو استحال وجوده بطلت الوصية.

[1] – شرح قانون الوصية ص ١٨٦ وما بعدها.

ولعل ملحظ القانون فى هذه المخالفة أن تقدير الوصية فى هذه الصورة متوقف على بيان مدتها بتقدير أهل الخبرة لحياة الموصى لهم فصحت هناك للموجود والمعدوم[1].

ويتبع فى تقدير حياة الموجودين الموصى لهم – مدى الحياة ما ذكرناه من قبل من تفويضه إلى أهل الخبرة من الأطباء لأنهم هم الذين يقدرون حياة الموجودين، غير أنه إن وجد فيهم جنين قدرت حياته بستين سنة أخذاً بما قرره متأخرو فقهاء الحنفية، فإن اختلفت أعمار الموصى لهم قدرت الوصية بأطولهم عمراً.

فإن مات قبل انتهاء مدة وصيته المحددة لحياته فإن حقه من الوصية ينتقل إلى من بعده من أولاده، ولكن بشرط ألا يمضى على وفاة الموصى عند وفاة الموصى له ثلاث وثلاثون سنة شمسية، وتنتهى الوصية فى حقهما بموتهما أو بانتهاء مدة الوصية أو باستيفاء ثلث التركة أو بنفاذ العين المخصصة للاستيفاء فى حالة ما إذا كانت الوصية من رأس المال.

أما إذا انتهت مدته قبل موته فإن حقه فى غلة العين الموقوفة لا ينتقل إلى أولاده الموصى لهم من بعده من الطبقة الثانية، وذلك أن استحقاقهم لا يكون إلا بعد وفاة الأب لدلالة عبارة الموصى على ذلك.

[1] – أحكام الوصايا للأستاذ الدكتور شلبى ص ٢٢٦.

وتكون الغلة من انتهاء المدة المحددة حتى وقت وفاة الموصى له لورثة الموصى[1].

وفى هذه الفروع جميعها يجوز لورثة الموصى أن يستولوا على العين التى خصصت لاستيفاء المرتب من غلتها، ولكن بشرط أن يودعوا المرتبات فى جهة يعينها الموصى له أو يعينها القاضى لتنفيذ الوصية منها.

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية ما يؤيد ذلك، وهو أن الوصية إن كانت بمرتب من رأس المال تقدر بضرب المرتب فى السنة فى عدد السنين.

وأما الوصية بمرتب من الغلة فإنها تقدر بتقدير التركة محملة بهذه الوصية وغير محملة بها والفرق بين القيمتين هو مقدار الوصية، ولكن كان من الممكن أن يجعل تقدير الوصية بمرتب بحساب المرتبات فى المدة كلها بضرب مرتب الشهر أو السن فى عدد الشهور أو السنين المحددة فى الوصية أو التى يقدرها الأطباء إن لم تكن المدة محددة بأن كانت الوصية لشخص معين مطلقة عن الزمن أو مؤبدة أو مدة حياته، ويستوى فى ذلك أن تكون الوصية بمرتب من رأس المال أم من الغلة.

[1] – أحكام الوصايا فى الفقه الإسلامى للدكتور / على الربيعة ص ٣٩٣، الوصية للأستاذ الدكتور البرديسى ص ١٣٧.

أما إذا كانت الوصية دائمة لجهة دائمة لا تنقطع فمــن المعقـول أن يكـون تقديرها بقيمة العين، كما يفهم من المادة الثامنة والستين، لأنهــا فـى هـذه الحالـة تكون فى حكم الوقف والعين محبوسة بصفة دائمة.

ولو فعل ذلك لكان أيسر فى التطبيق وأكثر انضباطاً[1]، وقـد جـاء ذلـك أيضا فى القانون فى المادة التاسعة والستين، ونصها :"فى الأحوال المبينة فى المـواد مـن ٦٤ إلى ٦٧ يجـوز لورثـة الموصى الاسـتيلاء علـى الموقـوف لتنفيـذ الوصيــة بالمرتب أو التصرف فيه، بشرط أن يودع فــى جهـة يرضاهـا الموصـى، أو يعينهـا القاضى، جميع المرتبات نقدا ويخصــص المبلـغ المـودع لتنفيـذ الوصيـة، فـإذا مـات الموصى له قبــل نفـاذ المبلـغ المـودع رد البـاقى لورثـة الموصـى، ويـزول كـل حـق للموصى له فى التركة بالإيداع والتخصيص".

[1] - الوصية وأحكامها للأستاذ الدكتور البرديسى ص ٤٤٣.

الباب الثانى

الوصية الواجبة وتزاحم الوصايا ومبطلاتها

وفيه ثلاثة فصول

الفصل الأول

فى الوصية الواجبة

وفيه خمسة مباحث

المبحث الأول

معنى الوصية الواجبة وحقيقتها

وفيه مطلبان

المطلب الأول

معنى الوصية الواجبة

الوصية الواجبة هى الوصية التى أوجبها القانون لفرع الولد الذى يموت فى حياة أبيه أو أمه حقيقة أو حكماً، كالمفقود الذى حكم القاضى بموته ولو لم يكن مات حقيقة، وكذلك لفرع من يموت مع أصله فى وقت واحد حقيقة أو حكماً، كما إذا غرقا معا أو هدم عليهما جدار أو ماتا معا فى ميدان القتال و لم يعلم من سبقت إليه المنية.

وذلك تعويضا لهم عما فاتهم من الإرث بسبب موت مورثهم قبل أصله أو مع أصله.

وتكون هذه الوصية الواجبة لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات، ولأولاد الأبناء كولد الابن وولد ابن الابن وإن نزل، بشرط أن يكون الابن من الظهر، وهو الذى لا ينتسب إلى الميت بأنثى، وعلى هذا إذا كان المتوفى فى حياة

أبيه أو أمه أو معهما أنثى كانت الوصية لأولادها فقط دون أولاد أولادها، وإن كان ذكرا كانت الوصية لفرعه من غير تقييد بطبقة مادامو‌ا من أولاد الظهور، كأولاد الابن المتوفى وأولاد أبنائه وأولاد أبناء أبنائه مهما نزل هؤلاء الأولاد، وتقسم الوصية الواجبة بين هؤلاء الفروع قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين إذا كان أصلهم واحداً.

فإن تعددت أصول الفروع، بأن كان المستحقون للوصية الواجبة أولاد ابنين أو أولاد ابن وبنت أو أولاد بنتين قسمت الوصية الواجبة بين تلك الأصول قسمة ميراث، ثم يعطى لكل فرع إن كان واحداً ما كان يستحقه أصله، فإن كان أكثر من واحد قسم بينهما قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين.

وإذا تعددت الفروع بتعدد أصولها الذين توفوا فى حياة أبيهم واختلفت قربا وبعداً من صاحب التركة فإن الأقرب يحجب الأبعد إذا كان فرعا له، ولا يحجب فرع غيره، لأن الوصية تجب لمستحقيها فى الطبقة الأولى، ثم تنتقل منه إلى أولاده إذا كانوا أهلاً لها.

مثال ذلك : ما إذا توفى رجل عن بنتين وابن مات فى حياته وترك الابن الذى مات فى حياة أبيه ابنين هما زيد وعبيد ومات أيضا زيد عن ولدين وبقى عبيد فإن الوصية الواجبة تقسم بين زيد وعبيد مناصفة فيأخذ عبيد نصف الوصية الواجبة ويأخذ أولاد زيد النصف الآخر يقتسمانه فيما بينهما قسمة الميراث[1].

[1] - أحكام الوصايا والأوقاف للأستاذ الدكتور / محمد مصطفى شلبى ص ٢٤٠، الوصية وأحكامها للأستاذ الدكتور / محمود على ص ٤٥٧.

المطلب الثانى

حقيقة هذه الوصية

حقيقة هذه الوصية أنها إجبارية لا اختيار فيها للموصى ولا للموصى لـه، مع أن الأصل فى الوصايا أن تكون اختيارية، وهى مقدمة على غيرها من الوصايا وتنفذ بحكم القانون، سواء أراد الموصى أم لم يـرد، وهـذه الوصيـة ليسـت وصيـة خالصة ولا ميراثا خالصا فتشبه الوصية فى هذه الأمور :-

١- يقدم إخراجها عن تقسيم الميراث وعلى سائر الوصايا الاختيارية.

٢- إن الوصية الواجبة تجب فى حدود الثلث كالوصايا الاختيارية.

وتشبه الميراث من هذه الأوجه :-

١- أنها تقسم قسمة الميراث، حتى ولو طلب الموصى تقسيمها على وجه يخـالف ذلك.

٢- أنها لا تحتاج إلى قبول كالميراث، لأن الموصى لـه معـين، بخـلاف غيرهـا مـن الوصايا الاختيارية.

٣- أنها لا ترتد برد الموصى له، بخلاف غيرها من الوصايا.

وتخالف الميراث من هذه الأوجه :-

١- أن كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره، أما فـى الميـراث فـالأصل يحجـب فرعه ويحجب فرع غيره إذا كان أبعد منه.

٢- أنه يغنى عن الوصية الواجبة ما أعطاه الجد للفرع بدون عوض، والميراث لا تغنى عنه مثل هذه الوصايا.

٣- أن هذه الوصية وجبت للفروع عوضا لهم عما فاتهم من ميراث أصلهم بموته قبل أن يرث الأصل من أصله، والميراث ثبت من غير أن يكون عوضا عن حق فائت.

٤- أنها تختص بالأحفاد غير الوارثين بخلاف الميراث[1].

وقد نصت المادة الثامنة والسبعون على أن الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا، فإذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة إن وفى وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم، فإذا استوفى أصحاب الوصية الواجبة أنصباءهم بعد أن استكملوا ما وجب لهم مما أوصى به للوصية الاختيارية فإن الباقي بعد استيفاء الوصية الواجبة يكون للوصايا الاختيارية يقسم بينهم بالمحاصة، ويطبق على هذا الباقي أحكام الوصية الاختيارية.

[1] - أحكام الوصايا والأوقاف ص ٢٤٥، الميراث المقارن للشيخ الكشكى ص ١٢٣.

المبحث الثانى

دليل مشروعيتها

إن الأصل الذى اعتمد عليه الفقهاء المجيزون لها فى تشريعها هو قول الله عز وجل "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين، فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم[1]".

وجه الدلالة من هذه الآية :

أن قول الله عز وجل فى هذه الآية "كتب عليكم" أى فرض وألزم عليكم، والفرض والإلزام يدل على الوجوب، فتكون الوصية للوالدين والأقربين واجبة.

يضاف إلى ذلك أن الله عز وجل جعل التغيير والتبديل فى الوصية حراماً، بدليل ترتيب الإثم على ذلك، والإثم لا يكون إلا على ترك واجب أو فعل محرم، وأن كلمة المعروف المذكورة فى هذه الآية يراد منها ما تطمئن إليه النفوس والفطرة ولا تنبو عنه المصلحة وهو العدل الذى لا وكس فيه ولا شطط.

يقول الإمام ابن حزم[2] الظاهرى : فهذا فرض كما تسمع فخرج منه الوالدان والأقربون الوارثون وبقى من لا يرث منهم على هذا الفرض[3].

[1] – سورة البقرة الآيتان ١٨٠ ، ١٨١.

[2] – سبق تعريفه.

[3] – المحلى لابن حزم الظاهرى ٩/٣١٤.

وهذا الكلام أيضا هو رواية فى مذهب الإمام أحمد بن[1] حنبل ويؤخذ من كلام بعض الفقهاء التابعين[2].

فتكون الوصية واجبة للوالدين والأقربين غير الوارثين، ولكن قصر القانون فى مادته السادسة والسبعين الوصية الواجبة على الأحفاد فقط دون الوالدين أو غيرهم، وحدد الواجب لهم بمثل نصيب أبيهم أو أمهم فى حدود الثلث مع تقسيمه بينهم قسمة الميراث بناء على كلام ابن حزم الظاهرى وعلى القاعدة التشريعية "وهى أن لولى الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة، ومتى أمر به وجبت طاعته"، وكذلك يجوز فى مذهب ابن حزم الظاهرى أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون البعض الآخر، وحينئذ يكون لولى الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور فى المادة، ويأمر بإعطائهم جزءاً من التركة هو نصيب أصلهم من الميراث لو بقى حياً.

وبناء على ما سبق يكون لولى الأمر أن يأمر الناس بالمعروف فى الوصية الواجبة للأحفاد، بأن يكون بمثل نصيب أصلهم فى حدود الثلث، لأن هذا هو العدل الذى لا وكس فيه ولا شطط، فإذا نقصوا أحدا ما وجب له أو لم يوصوا له بشئ ردوا بأمر ولى الأمر إلى المعروف.

هذا ما جاء فى القانون فى المادة السابعة والسبعين.

[1] – سبق تعريفه.

[2] – المغنى لابن قدامة ٣٩١/٨، هو أبو بكر عبد العزيز من الحنابلة، وبهذا قال داود ومسروق وطاوس وإياس وقتادة وابن جرير وابن حزم – وقد سبق بيان ذلك.

ولكن هذا الكلام غير مسلم لأن هذه الآية منسوخة فلا يجوز الاحتجاج بها، وأن الناسخ لها أحد أمرين :-

الأمر الأول :

أن الناسخ لها هو قول الله عز وجل :"للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون[1]".

وهذا هو رأى ابن[2] عباس رضى الله عنهما، أو أنها منسوخة بآيتى المواريث، وهما قول الله تعالى "يوصيكم الله[3] فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك .... الآيتان"

وهذا هو رأى ابن عمر ومجاهد وعكرمة ومالك والشافعى[4] رحمهم الله تعالى[5].

الأمر الثانى :

أن الناسخ لها هو قول النبى صلى الله عليه وسلم :"إن الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث[6]". فكيف يستدل على الوجوب ؟.

[1] – سورة النساء آية رقم ٧.

[2] – سبق تعريفه.

[3] – سورة النساء الآيتان ١١ و ١٢.

[4] – سبق تعريفهم جميعاً.

[5] – انظر المغنى لابن قدامة ٨/٣٩١.

[6] – سنن أبى داود ٢/١٠٣، سنن ابن ماجه ٢/٩٠٥.

وعلى فرض التسليم جدلا بأنها غير منسوخة إلا أنه يؤخذ على الاستدلال بها لوجوب الوصية للأحفاد دون سواهم ما يأتى :-

أولاً : أن الآية الكريمة توضح أن الوصية للوالدين والأقربين، والعطف يقتضى المغايرة فالآية هنا تجعل الوصية لصنفين هما الوالدان والأقربون، وهنا القانون عمل بجزء منها فقط وترك العمل بها فى الجزء الآخر، مع أن الوالدين أولى بالمعروف والإحسان من غيرهما بمقتضى النصوص الكثيرة الواردة فى هذا الشأن، ومنها قوله تعالى "وبالوالدين إحسانا[1]"، ولا شك أن من الإحسان إلى الوالدين الوصية بجزء من المال إن كانا غير وارثين، وخصوصا أنهما غالبا ما يكونان فى حالة ضعف وعجز عن التكسب، وقد يكون المتوفى ولدهما الوحيد وليس لهما مورد رزق غير صاحب التركة المتوفى فلا معنى لقصرها على فريق دون فريق ما داموا متساوين.

ثانياً : أن الله عز وجل أمر فى الآية أن يكون ذلك بالمعروف، ومعنى ذلك أن الآية لم تحدد قدرا معينا يوصى به الإنسان بل تركت ذلك التقدير إلى العرف ومراعاة العدالة والمصلحة وما ترتاح إليه النفوس وتطمئن إليه القلوب، ولا شك أن هذا يختلف من حالة لحالة بحسب الفقر والاحتياج والانتساب للميت.

[1] – سورة الإسراء آية رقم ٢٣.

عن طريق الوصية الواجبة عن الوارث من الميت مباشرة، ومن أمثال ذلك :-

ما لو توفى رجل وترك أربعة بنات وبنت ابن مات أبوها فى حياة والده فإن لبنت الابن الوصية الواجبة، فيكون لها الثلث، ويبقى الثلثان يقسم على أربع بنات لكل واحدة السدس، فتأخذ بنت المتوفى السدس، بينما تأخذ بنت الابن المتوفى فى حياة والده ثلث الجميع.

ثالثا :- إن القانون ترك الوصية الواجبة للأخ الشقيق والأخت الشقيقة المحجوبين عن الميراث مع أن الأخت قد لا يكون لها عائل سوى الأخ المتوفى، والأخ قد يكون فى حالة عجز تام عن التكسب وهم ممن شملتهم الآية الكريمة.

رابعا :- أن رأى جمهور الفقهاء خلافا لابن حزم[1] أن الوصية غير واجبة فى حد ذاتها لأحد، وإنما تجب إذا كان هناك اعتبارات أخرى[2]، وقد سبق بيان ذلك فى حكم الوصية[3].

الرأى المختار :-

وبعد فإننى أرى أن الوصية لاتجب لأحد، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء، وهو الأولى بالقبول لما ذكروه، ولأن من يموت فى حياة والده حالات نادرة، فإن

[1] - سبق تخريجه.

[2] - كأن كان الولد الذى مات فى حياة أبيه قد أسهم فى جمع الثروة للعائلة ثم مات قبل أبيه وأدى ذلك إلى أن يرث هذه الثروة إخوته الذين قد لا يكونون قد ساهموا فى جمعها، ففى هذه الحالة تقتضى قواعد العدالة أن يوصى لفرعه بقدر ما ساهم.

[3] - ص ٢٦.

كانوا فقراء فقد أوجب الله عز وجل النفقة لهم على من تجب عليه النفقة، ولكن يستحب للجد أن يوصى لهم.

المبحث الثالث

شروط إيجاب الوصية الواجبة

يشترط لإيجاب الوصية للفروع الذين ماتوا فى حياة آبائهم ما يأتى :-

١- ألا يكون هذا الفرع قاتلا لأصله فإن قتل الفرع الذى مات أباه فى حياة والده حرم من الوصية الواجبة، بشرط أن يكون هذا القتل عمدا عدوانا، وأن يكون القاتل عاقلا بالغا[١].

٢- ألا يكون ذلك الفرع وارثا من صاحب التركة، لأن الوصية وجبت عوضا له عما كان يستحقه من ميراث لو كان أصله حيا عند وفاة والده، فإذا ورث من جده ولو قدرا يسيرا لا تجب له هذه الوصية.

٣- ألا يكون الجد قد أعطى هؤلاء الأحفاد المستحقين للوصية الواجبة بغير عوض عن طريق آخر كالوقف لهم أو وهب أقل من الوصية الواجبة وجب لهم وصية بمقدار ما يكمل الواجب لهم.

وقد نصت المادة السادسة والسبعون على ذلك فقالت : إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث، بشرط أن يكون غير وارث،

[١] - هذا رأى جمهور الفقهاء، وخالف فى ذلك سعيد بن المسيب وابن جبير فقالا : إنهما يرثان. هذا بالنسبة للقتل العمد، أما بالنسبة للقتل الخطأ فقد خالف المالكية والنخعى والهادوية فقالوا : إن القتل الخطأ لايمنع من الميراث. انظر الفواكه الدوانى ٢٧١/٢، المبسوط ٨٨/٢٦، شرائع الإسلام ٣٠٨/٢.

وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله، وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا، على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث، كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلي بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات.

المبحث الرابع

مقدار الوصية الواجبة

لقد قدر القانون الوصية الواجبة بأن تكون بقدر نصيب من توفى فى حياة والده ميراثا لو لم يمت قبل صاحب التركة، بشرط أن لا يزيد نصيبه عن ثلث التركة، فإن أوصى الموصى بأكثر من القدر الذى أوجبته الوصية كانت الزيادة وصية اختيارية إن أجازها الورثة جازت وإلا فلا، وإذا أوصى بأقل من القدر المحدد وهو نصيب المتوفى فى حدود الثلث وجبت الوصية بما يكمله.

وهذه الوصية واجبة وتنفذ من التركة، سواء حدثت وصية من صاحب التركة أو لا.

والقانون يعطى كل من وجبت له الوصية حتى ولو كان الموصى لم يوص له بشئ، ومثال ذلك :- ما إذا مات شخص عن ابن وأولاد ابن مات فى حياة أبيه وأوصى لأولاد الابن بنصيب أبيهم فإن الذى يستحقه الابن المتوفى لو كان موجودا وقت موت أبيه هو نصف التركة، ولكن هذا أكثر من الثلث فتكون الزيادة عن الثلث متوقفة على إجازة أخيه الآخر فإن أجازها نفذت وإن لم يجزها بطلت، وكذلك إذا توفى عن ابن وبنتين وأولاد بنت توفيت فى حياة أبيها فإن أولاد البنت يأخذون نصيب أمهم لو كانت موجودة عند وفاة أبيها وهو الخمس، ويخرج من الثلث، فيأخذون الخمس يقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

وقد نصت المادة السابعة والسبعون على هذا فقالت :- إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية، وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله، وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه.

ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى الثلث، فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية، واذا لم يوص الشخص لأحد ممن وجبت لهم الوصية ولكنه أوصى لغيرهم ممن لا تجب الوصية لهم ففى هذه الحالة يستحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه مما بقى من الثلث بعد الوصية الاختيارية إن وفى الباقى، فإن لم يبق شئ بعد الوصية الاختيارية استحق من وجبت لهم الوصية أنصباءهم من الوصية الاختيارية، وإن بقى شئ من الثلث بعد الوصية الاختيارية إلا أنه أقل مما وجب لهم استحقوا الباقى، وأكمل لهم حقهم من الوصية الاختيارية.

المبحث الخامس

طريقة استخراج الوصية الواجبة

عرفنا فيما سبق مقدار الوصية الواجبة، وهنا نريد أن نعرف طريقة استخراج هذه الوصية من التركة فنقول وبالله تعالى التوفيق :-

إن القانون بين فقط مقدار الوصية الواجبة و لم يبين طريقة استخراج الوصية، لذا اختلف العلماء فى طريقة استخراجها، فذهب فريق منهم إلى أن الطريقة التى تتفق مع نص القانون هى كالآتى :-

١- يفرض الفرع الذى توفى فى حياة أبيه أو أمه حيا ثم تقسم التركة على الورثة جميعا الأحياء والأموات.

٢- يعطى الفرع الذى مات أصله فى حياة والده مقدار ما استحقه بالوصية إن كان أقل من الثلث، وهو ميراث أبيهم المتوفى فى حياة والده، فإن زاد عن الثلث رد إلى الثلث، ما لم يجز الورثة هذه الزيادة، ثم يقسم بين المستحقين للوصية الواجبة قسمة الميراث.

٣- تؤخذ الوصية الواجبة من أصل التركة، ثم يقسم ما بقى على الورثة الموجودين حقيقة بتوزيع جديد من غير نظر إلى الفرع المتوفى فى حياة والده، فيعطى كل وارث حقه.

٤- إن تعددت الأصول والفروع المستحقون للوصية انتقل ميراث كل أصل إلى فرعه، وان تعددت الطبقات واختلفت قربا وبعدا حجب كل أصل فرعه دون فرع غيره، فابن الابن يحجب ابن ابن الابن ولا يحجب ابن البنت التى توفيت فى حياة أبيها لأنها من فرع آخر.

وهذه الطريقة من أحسن وأجود الطرق فى استخراج الوصية الواجبة، وقد سارت عليها محاكم الأحوال الشخصية ولجنة الفتوى بالأزهر وأوصت إلى اتباعها.

ومثالها :- ما إذا مات شخص عن زوجة وابنين وابن ابن مات فى حياة والده فإنه فى هذه الحالة نفترض أن الابن الذى مات فى حياة والده موجودا، ويأخذ نصيبه من التركة أولا، وما بقى من التركة يوزع على الورثة على الزوجة والولدين، فتأخذ الزوجة الثمن ويأخذ كل ولد مما بقى النصف، وهكذا تخرج الوصية أولا، وما يتبقى يكون بين الورثة حسب نصيب كل وارث.

وهناك طريقة أخرى أخذت بها دار الإفتاء بعض الوقت وهم يرجعون ذلك إلى ما أفتى به بعض أكابر الحنفية فأخذوا بالطريقة المقررة عندهم فى مسألة تشبه مسألة استخراج مقدار الوصية الواجبة.

وهذه المسألة هى الوصية بمثل نصيب وارث معين وهى أن تقسم التركة أولا على الورثة على ما تقضى به الشريعة، ثم تزيد على تصحيح المسألة مثل نصيب المشبه به للموصى له فيضم على المسألة مثل نصيب الوارث المساوى لأصل هذا الفرع المستحق للوصية الواجبة، ثم تقسم التركة على مجموع هذه السهام، فيعطى المستحقين للوصية الواجبة بمقدار نصيبه.

وهذه الطريقة فيها عيب لأنها قد تؤدى إلى أن يأخذ الفرع أكثر مما يأخذه أصله إن كان باقيا، مع أن الوصية إنما جعلت تعويضا عما فات الفرع من ميراث الأصل فكيف يأخذ أكثر منه ؟.

وسنضرب مثالا يوضح كيفية استخراج الوصية على الطريقتين السابقتين فنقول :-

توفيت امرأة عن زوج وأم وأب وبنتين وابن بنت توفيت فى حياة أمها وتركت ١٢٨٢٥ جنيها. المسألة - شرعاً من ١٢ وتعول إلى ١٥.

	زوج	أب	أم	بنت	بنت	ابن البنت
شرعا	$\frac{1}{4}$ $\frac{3}{15}$ ٢٥٦٥	$\frac{1}{6}$ $\frac{2}{15}$ ١٧١٠	$\frac{1}{6}$ $\frac{2}{15}$ ١٧١٠	$\frac{1}{3}$ $\frac{4}{15}$ ٣٤٢٠	$\frac{2}{3}$ $\frac{1}{3}$ $\frac{4}{15}$ ٣٤٢٠	ليس من الورثة صفر
الكيفية الأولى للقانون للشيخ أبوزهرة	$\frac{3}{15}$ ٢١٠٩ الباقى بعد الوصية الواجبة	$\frac{2}{15}$ ١٤٠٦ الباقى بعد الوصية	$\frac{2}{15}$ ١٤٠٦ الباقى بعد الوصية	$\frac{4}{15}$ ٢٨١٢ الباقى بعد الوصية	$\frac{4}{15}$ ٢٨١٢ الباقى بعد الوصية	٢٢٨٠ الوصية الواجبة
الكيفية الثانية للقانون للشيخ مخلوف	$\frac{3}{19}$ ٢٠٢٥	$\frac{2}{19}$ ١٣٥٠	$\frac{2}{19}$ ١٣٥٠	$\frac{4}{19}$ ٢٧٠٠	$\frac{4}{19}$ ٢٧٠٠	$\frac{4}{19}$ وصية واجبة ٢٧٠٠

وهناك طريقة أخرى :- تقوم على اعتبار الفرع المتوفى فى حياة والده حيا ويعطى أولاده نصيبه ويأخذ الورثة أنصباءهم من غير إعادة قسمة.

ومثال ذلك: ما إذا مات رجل وترك زوجة وأما وبنتا وابن ابن توفى أبوه فى حياة والده. ففى هذه الحالة تأخذ الزوجة الثمن والأم السدس والباقى بين البنت وابن الابن على فرض أن أباه موجود فيأخذ الذكر مثل حظ الأنثيين. ولكن هذه الطريقة أيضا معيبة لأن فرع الابن المتوفى لم يأخذ ما أخذه على أنه وصية لأن نصيبه لم يخرج من كل التركة، وإنما خرج من الباقى، كما أن هذه الطريقة تؤدى فى بعض الأحيان إلى أن الابن الذى فرض حيا يحجب غيره من الورثة[1].

[1] - الوصية الشرعية الإسلامية للشيخ عيسوى أحمد ص ١٦٨.

الفصل الثانى

تزاحم الوصايا

إن الوصايا إذا كانت فى حدود الثلث فإنها تنفذ ولا تتوقف على إرادة أحد، أما إن كانت أكثر من الثلث وتسعها التركة وأجازها الورثة فإنها تنفذ جميعها، سواء كانت كلها لله عز وجل، أو كانت كلها للعباد، أو كانت بعضها لله وبعضها للعباد، ولكن قد تجتمع الوصايا وتتعدد ولا يتسع لجميعها و لم يجز الورثة لها، أو أجازوها ولكن التركة لا تتسع لها جميعها هنا تتزاحم الوصايا، فماذا نفعل إذا تزاحمت الوصايا؟

إنه إذا تزاحمت الوصايا فإنه يقدم حق أصحاب الوصية الواجبة، سواء أكان المتوفى قد أوصى لهم فعلا بحقهم أم لم يوص واستحقوها بحكم القانون فإنهم يأخذونها، فإذا كانت تساوى الثلث و لم يجز الورثة سواه فإنهم يستبدون بالثلث، وليس لأحد قبلهم شئ، وإن كانوا يأخذون أقل من الثلث فإنهم يأخذون حصتهم كاملة، والباقى من الثلث يتزاحم فيه أصحاب الوصايا[1]، أما إذا كانت الوصايا اختيارية فإما أن تكون كلها لله عز وجل، وإما أن تكون كلها للعباد، وإما أن يكون بعضها لله وبعضها للعباد، وسوف أتناول ذلك فى المباحث الثلاثة الآتية :-

[1] - شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٦٣.

المبحث الأول

إذا كانت الوصايا كلها لله عز وجل

إن وصايا الله عز وجل تكون تارة كلها فرائض كالحج، أو كلها واجبات[1] كالأضحية وصدقة الفطر، أو كلها مندوبات كإنشاء المساجد والصدقة أو تكون خليطا من هذه الأمور.

أ- إن كانت هذه الوصايا من نوع واحد وكانت كلها فرائض كالزكاة والحج وأوصى بإخراجها من الثلث و لم يسعها جميعها فإن جمهور الفقهاء قالوا إن عين سهاما لكل وصية منها كالثلث والسدس أو عين مقدارا من المال لكل منها فإنها تقسم بين هذه الأمور بالمحاصة بنسبة السهام، فإذا لم يعين مقدارا ولا سهاما قسم بينها بالتساوى، وقد أخذ القانون بهذا الرأى، وقال أبو حنيفة[2] : إن كانت الوصايا متساوية فإنه يبدأ بما قدمه الموصى، لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم، وقال أبو يوسف[3] والطحاوى[4] من الحنفية : إنه يقدم الزكاة

[1] - إن جمهور الفقهاء لا يفرقون ين الفرض والواجب، فالفرض عندهم هو ماثبت بديل قطعى لا شبهة فيه، والواجب ما ثبت بدليل ظنى فيه شبهة.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - سبق تعريفه.

[4] - سبق تعريفه.

على غيرها لتعلق حق العباد بها، وقال محمد بن الحسن[1] : يقدم الحج على غيره لأن الحج يقام بالمال والنفس[2].

وقال الشافعية والحنابلة والإمامية : إن هذه الفرائض تخرج من الثلث بمقدار ما يسع منها ثم تتمم من رأس المال، أى إن ضاق عنها الثلث أخرجت بقية الوصايا من رأس المال، ولا يحتاج هذا الأمر إلى إجازة الورثة[3]، وذلك لأن هذه الوصايا فى منزلة الديون التى تخرج من التركة.

ب- إن اختلفت درجات الوصايا بأن كان بعضها فرائض وبعضها واجبات وبعضها مندوبات قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على المندوبات فى التنفيذ، فإذا استنفذت الفرائض ثلث الوصية بطلت باقى الوصايا وإن بقى شئ من الفرائض صرف إلى الواجبات[4].

[1] – سبق تعريفه.

[2] – بدائع الصنائع ٣٧١/٧، نتائج الأفكار ٤٧٠/١٠، العناية على الهداية ٤٧٠/١٠، المغنى لابن قدامة ٥٤٣/٨، أحكام الوصايا للأستاذ الدكتور / شلبى ص ٢٩٧.

[3] – الإقناع للحجاوى المقدسى ٥٦/٣، المهذب للشيرازى ٤٥٤/١، وقال أبو الخطاب : يزاحم بالواجب أصحاب الوصايا، قال ابن قدامة : كلامه هذا يحتمل أنه أراد أن الثلث يقسم بين الوصايا كلها. انظر المغنى لابن قدامة ٥٤٣/٨، مسالك الأفهام للشهيد الثانى ٢/الوصايا.

وقال الأحناف : من مات وعليه حقوق لله تعالى من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة فطر، فإما أن يوصى بها أو لا، فإن لم يوص بها لم تؤخذ من تركته ولم تجبر الورثة على إخراجها، لكن لهم أن يتبرعوا بذلك، وإن كان قد وصى بها فإن ذلك ينفذ من ثلث ماله. انظر العناية على الهداية ٤٧٠/١٠.

[4] – بدائع الصنائع ٣٧١/٧، العناية على الهداية ٤٧٠/١٠.

لذا قال مالك[1] رحمه الله : لا ينظر إلى ما قدمه الميت بالذكر فى كتاب وصيته، وإنما يبدأ بالأوكد، إلا أن يكون قال ابدءوا بكذا فيبدأ ما هو أوكد منه[2]، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء، وذهب الأحناف فى رواية عندهم إلى أنه يقدم فى التنفيذ ما بدأ به الموصى فى كلامه، فإن فضل منه شئ صرف لما بعده وهكذا حتى ينتهى المقدار المخصص لتنفيذ الوصية.

وقد جاء فى القانون فى المادة الحادية والثمانين من قانون الوصية ما نصه : إن الوصية إذا كانت بالقربات و لم يف بها ما تنفذ فيه الوصية فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية فى الاستحقاق، وإن اختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل.

[1] – سبق تعريفه.

[2] – مواهب الجليل للحطاب ٣٧٨/٦، بداية المجتهد ٣٣٨/٢.

المبحث الثانى

إذا كانت الوصايا كلها للعباد فلها صورتان

الصورة الأولى :-

أن تكون كل وصية منها على حدة لا تتجاوز الثلث، كأن يوصى لعلى بثلث ماله ولأحمد بربع ماله ولمحمد بسلس ماله، فإن أجاز الورثة ما زاد عن الثلث جازت لهم الوصية فى الزائد وأخذ كل واحد ما أوصى له به، وإن لم يجيزوا فإن حق الموصى لهم يرتد إلى الثلث فقط فيقسم بينهم بنسبة أنصبائهم.

وإن أجاز الورثة الوصايا كلها وضاقت التركة عن تنفيذها فإن التركة تقسم بينهم أيضا بنسب الوصايا.

وإذا كانت إحدى هذه الوصايا بعين معينة فإن الموصى له بها يأخذ سهمه منها لا من غيرها، لأن الموصى به عين حقه فلا يتجاوزه تنفيذا لإرادته.

والصورة الثانية :-

أن يكون بعض الوصايا أزيد من الثلث وبعضها فى حدود الثلث، كأن أوصى لمحمد بجميع ماله ولعلى بنصف ماله ولأحمد بثلثه و لم يجز الورثة هذه الزيادة، فقد اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين :

** فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الثلث يقسم بين هؤلاء الثلاثة بنسبة سهامهم، وذلك لأن الوصية هنا صدرت بإرادة الموصى وقصد بها التفضيل بين الموصى لهم.

** وقال أبو حنيفة[1] : يقسم بين هؤلاء الثلاثة مثالثة، فيأخذ كل واحد منهم الثلث، لأن الموصى له بالكل جعل كأنه موصى له بالثلث وألغيت الزيادة وكذلك الموصى له بالنصف، ولو أوصى لواحد بنصف التركة ولآخر بسدسها و لم يجز الورثة الزيادة فإن صاحب النصف يأخذ ثلثي الثلث وصاحب السدس يأخذ ثلث الثلث.

وذلك لأن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم إجازة الورثة تقع باطلة لعدم إمكان تنفيذها بحال من الأحوال سواء أكانت وحدها أم مع غيرها[2].

وقد جاء فى المادة الثمانين من قانون الوصية ما نصه : إن الوصايا اذا زادت عن ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تفى بالوصايا، أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يفى بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بعين إلا من هذه العين كما يلاحظ أيضا أنه إذا وجد بين الوصايا المتزاحمة وصية مؤقتة بمرتب

[1] – سبق تعريفه.

[2] – العناية على الهداية ٤٧١/١٠، المغنى لابن قدامة ٤٤٦/٨.

لشخص أو لجهة ثم مات الشخص الموصى له فإن نصيبه يكون لورثة الموصى، لأن الوصية بالمرتب تنتهى بموت صاحبها فينتقل ما بقى منها إلى ورثة الموصى، مثال ذلك ما لو كانت الوصية بمرتب لجهة من جهات البر ثم انقطعت تلك الجهة قبل انتهاء مدة الوصية[1].

[1] - شرح قانون الوصية ص ٢٦٣.

المبحث الثالث

إذا كانت الوصايا لله تعالى وبعضها للعباد

** فقد ذهب الحنفية إلى وجوب قسمة الثلث على جميع الوصايا بالتساوى، فإن أوصى لحج وزكاة وأحمد ومحمد أخذ لكل منهما ربع الثلث، وقال الجمهور : يقدم الفرض على التبرع ثم تقسم بينهم إن ضاق الثلث وتساوت الجهات بالمحاصة، وإن أوصى بشئ لزيد وللمساكين و لم يذكر سهاما فإن لكل صنف منهما نصف الوصية، هذا عند الحنابلة وأبى حنيفة وأبى يوسف، وذلك لأن الجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل، ولا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل.

** وقال الشافعية فى وجه ومحمد بن الحسن : ثلث الثلث لزيد وثلثاه للمساكين، وذلك لأن المساكين لفظ جمع وأدناه فى الميراث اثنان والوصية فى معناه[1].

وقال الشافعي[2] : يكون زيد كأحد الفقراء فى الوصية إن أمكن استيعابهم، وإن قسم على ثلاثة منهم جعل كأحدهم.

** وقال الشافعية فى وجه لهم : يعطى لزيد الربع، لأن أصل الجمع ثلاثة فإذا انضم إليهم زيد صاروا أربعة، فيكون له الربع[3].

[1] - نتائج الأفكار ٤٨١/١٠، المهذب للشيرازى ٤٥٤/١، المغنى لابن قدامة ٥٤٣/٨.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - المهذب للشيرازى ٤٥٤/١.

وجاء في القانون : إذا اجتمعت الوصايا بالقربات مع الوصايا للعباد ولم يذكر سهاما قسم محل الوصية بينهم بالتساوى، أما إذا سمى سهاما وضاق عنها محل الوصية قسم محل الوصية بينهم بنسبة السهام، وما أصاب القربات اتبع ما سبق ذكره في القربات.

الفصل الثالث

مبطلات الوصية

إن الوصية إذا استكملت شروطها وأركانها كانت صحيحة غير لازمة، ما لم تكن واجبة، هذا عند جمهور الفقهاء[1]، فإن كانت غير واجبة فإنه يجوز لصاحبها الرجوع عنها في أي وقت، فإن لم يرجع عنها ثم مات وقبلها الموصى له فإنها تنفذ وتترتب عليها آثارها[2].

ولكن هناك أشياء تبطل الوصية، وقد يكون بطلانها من جهة الموصي أحيانا، أو من جهة الموصى له أو من جهة الموصى به.

وسوف أتناول ذلك في المباحث الثلاثة الآتية :

[1] – ولم يخالف في ذلك غير الإباضية حيث جعلوا الوصية وعدا، والوعد يجب الوفاء به عندهم، انظر شرح النيل وشفاء العليل ٣٨٢/٦.

[2] – نتائج الأفكار ٤٨٧/١٠.

المبحث الأول

مبطلات الوصية من جهة الموصى

هناك أمور ذكرها الفقهاء فى الموصى تؤدى إلى بطلان الوصية، وهذه الأمور ما بين متفق عليها ومختلف فيها، وسوف أتناول ذلك فى المطالب التالية:-

المطلب الأول

الجنـــــون

سبق أن عرفنا الجنون وبينا أنواعه، وهنا سوف نبين هل العقل شرط فى صحة الوصية ابتداء واستدامة؟ أو أنه شرط فى صحتها ابتداء فقط بحيث لو طرأ الجنون وما فى حكمه كالعته بعد الوصية لا يبطلها؟

اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين فى الجملة :-

** فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الجنون وغيره من عوارض الأهلية لا يؤثر فى صحة الوصية بعد انعقادها مستوفية لجميع شروطها، وذلك استصحابا للصحة المتيقنة قبل طروء الجنون إلى ما بعده، كما أن الوصية لا تبطل بالموت فكذلك لا تبطل بالجنون[1].

[1] – الشرح الكبير للإمام الدردير ٤/٤٢٦، اللمعة الدمشقية ٢/٢٦٩، المغنى لابن قدامة ٨/٥٢٢، تحفة المحتاج ٧/٧٦.

** وذهب الحنفية إلى أن الموصى إذا جن بعد الوصية جنونا مطبقا بطلت الوصية، سواء اتصل جنونه بالموت أو لم يتصل، وأن الوصية لا تبطل بالإغماء[1]، وذلك لأن الوصية عقد جائز كالوكالة، فيكون لبقائه حكم الإنشاء كالوكالة، فتعتبر أهلية العاقد إلى وقت الموت، كما تعتبر أهلية الأمر فى باب الوكالة.

وقد أخذ القانون بذلك فى مادته الرابعة عشرة إلا أنه قال : إن كان الجنون غير مطبق أو كان مطبقا لكنه لم يتصل بالموت فإن الوصية تكون صحيحة.

[1] - بدائع الصنائع للكاسانى ٧/٣٩٤.

المطلب الثانى

ارتداد الموصى

لقد سبق الحديث عن وصية المرتد وعلمنا أن الرأى المختار فيها هو رأى جمهور الفقهاء القائلين بصحة وصيته، ولكن لا تنفذ بل توقف حتى نعلم ما سيؤول إليه أمره، فإن تاب نفذت وصيته وإلا بطلت فلا داعى لإعادته.

المطلب الثالث

الرجوع عن الوصية

سبق أن بينا أن الوصية عقد جائز عند جمهور الفقهاء، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يجوز للموصى الرجوع فيه فى أى وقت من الأوقات، وبناء على ذلك تبطل الوصية لأن الوصية لا تتصف باللزوم إلا إذا مات الموصى مصرا عليها، وهذا الأمر تكاد أن تتفق آراء الفقهاء عليه، فإن رجع الموصى عن وصيته بطلت هذه الوصية، ويتحقق الرجوع بكل ما كان دالا عليه، سواء كان قولا أو فعلا[1].

والدليل على ذلك ما روى عن عمر بن الخطاب[2] رضى الله عنه أنه قال: يغير الرجل ما شاء من وصيته[3]، ولأن الوصية عقد تبرع فجاز الرجوع عنه كالهبة، ولأن القبول للوصية يتوقف على الموت فيجوز له الرجوع فى أى شئ وصى به عند جمهور الفقهاء.

وقال الشعبى وابن سيرين وابن شبرمة والنخعى[4]: يغير منها ما يشاء إلا العتق لأنه إعتاق بعد الموت فلم يملك.

[1] - بدائع الصنائع ٣٧٨/٧، نهاية المحتاج ٩٤/٦، المغنى لابن قدامة ٥٧/٨، البحر الزخار ٣٢٠/٥، المحلى لابن حزم الظاهرى ٣٤٠/٩.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - المغنى لابن قدامة ٤٦٨/٨.

[4] - سبيق تعريفهم جميعا.

والرجوع عن الوصية بالقول كأن يقول رجعت فى وصيتى أو عدلت عنها أو فسختها أو غيرتها أو رددتها أو صرفت النظر عنها أو أسقطتها أو تركتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو لورثتى، فهذا كله يعد رجوعا صريحا بالقول[1].

والرجوع عن الوصية بالفعل هو كل ما يدل على الرجوع بطريق الدلالة من الأفعال والتصرفات.

ولكن الفقهاء بعد اتفاقهم على جواز الرجوع بالأفعال اختلفوا فيما يتحقق به الرجوع من الأفعال.

فقد توسع الحنفية فى هذا الأمر ووضعوا له ضوابط فقالوا : إذا تغيرت العين الموصى بها بفعل الموصى حتى زال اسمها وعظم منافعها كمن أوصى بحنطة ثم طحنها أو حديدا ثم اتخذه سيفا أو سكينا أو نحاسا فصنع منه آنية.

كذلك قالوا : كل فعل يوجب زيادة فى الموصى به ولا يمكن تسلم العين إلا به فهو رجوع إذا فعله مثل الأرض إذا بنى فيها والقطن ينسجه[2].

[1] - بدائع الصنائع ٣٧٨/٧، الشرح الكبير للإمام الدردير ٤٢٨/٤، نهاية المحتاج ٩٤/٦، البحر الزخار ٣٢١/٥.

[2] - حاشية ابن عابدين ٦٥٨/٦، تبيين الحقائق ١٨٦/٦.

كذلك عندهم كل تصرف أوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع، كما إذا باع العين الموصى بها ثم اشتراها أو وهبها كذلك قال الشافعية والحنابلة : إنه إذا تغيرت العين الموصى بها بفعل الموصى حتى زال اسمها وعظم منافعها فإن هذا يعد رجوعا كمن أوصى بكتان أو قطن فغزله أو بثوب فقطعه أو بذهب فضربه أو بشاة فذبحها.

وقد خالف في ذلك أبو الخطاب[1] من الحنابلة وأبو ثور[2] فقالا : إن هذا لا يعد رجوعا عن الوصية، لأن هذه الأفعال لا تزيل الاسم عن هذه الأشياء.

وقد توسع الشافعية والحنابلة في الأفعال الدالة على الرجوع فاعتبروا بعض التصرفات التي تصدر من الموصى رجوعا عن وصيته، ومن هذه التصرفات أن الموصى إذا عرض الموصى به للبيع أو أوصى ببيعه أو أوصى بهبته أو رهنه ولم يرهن ولم يوهب أو وكل شخصا بشئ منها[3] عد ذلك كله رجوعا.

والمالكية يجعلون تصرفات الموصى التي تخرج الموصى به من ملكه إذا لم يعد إلى ملكه مرة أخرى رجوعا، وكذلك إذا تغير اسم الموصى به بفعل الموصى،

[1] - سبق تعريفه.

[2] - سبق تعريفه.

[3] - المغنى لابن قدامة ٤٦٨/٨، تحفة المحتاج شرح المنهاج ٧٦/٧، نهاية المحتاج ٩٤/٦.

أما إذا أدخل بعض الزيادات على الموصى بـه وكـانت يسـيرة أو كبـيرة فـلا يعـد ذلك رجوعا، إلا أنه إذا كانت الزيادة كبيرة اشترك الموصـى أو الورثـة فيهـا مـع الموصى له.

أما إذا كانت الزيادة يسيرة فإنها تكون للموصى له[1].

ولعل تضييق المالكية هذا راجـع إلى أنهـم توسـعوا أكـثر مـن غـيرهم فـى طريقة إنشاء التبرعات ومنها الوصية، فجوزوهـا بـالمعدوم وللمعـدوم مطلقـا، و لم يشترطوا فى صحتها القدرة على تسليم محل العقد، كما جعلوا الأصـل فـى تلـك التبرعات عدم جواز الرجوع[2] فيها.

وقد نصت المادة الثامنة عشرة على ما يـأتى :- يجـوز للموصـى الرجـوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة، ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعـل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف علـى الرجـوع عنهـا، ومـن الرجـوع دلالـة كـل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به[3].

ولكن ماالحكم لو أوصى بشئ لرجل ثم أوصى به لآخر؟

اتفق الفقهاء على أن الموصـى إن قصـد بذلـك التشـريك كـانت الوصيـة بينهما مناصفة، وإن قصد الرجوع فإن الوصية تكون لهذا الآخر، ثم اختلفوا بعـد ذلك فى : هـل يعـد هـذا رجوعـا عـن الوصيـة إذا لم ينـو بـه ذلـك أم لا؟ على مذهبين:-

[1] - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٨/٤ وما بعدها.

[2] - أحكام الوصايا للأستاذ الدكتور شلبى ص ٢٧٨.

[3] - شرح قانون الوصية ص ٢٧٥.

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى أن هذا لا يعد رجوعا، بل يكون تشريكا بين الموصى له الأول والثانى، وذلك لأنه أنشأ الوصية لهما فيتساويان فيها، كما لو قال : وصيت لكما بهذا الثلث[1].

** وذهب الإمامية وداود الظاهرى[2] وعطاء وطاووس إلى أن هذا يعد رجوعا عن الوصية[3]، وذلك لأن الموصى أطلق و لم يعلم قصد التشريك ولا الرجوع، فهنا يحمل على الرجوع لأنه المتعارف، ولأنه وصى للثانى بما وصى به للأول فكان رجوعا كما لو قال ما وصيت به لزيد فهو لبكر، ولكن الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لما ذكروه.

[1] – بدائع الصنائع ٣٧٨/٧، نهاية المحتاج ٩٤/٦، المغنى لابن قدامة ٥٥٠/٨، المحلى ٣٤٠/٩، البحر الزخار ٣٣/٥.

[2] – سبق تعريفهم جميعا.

[3] – المغنى لابن قدامة ٥٥٠/٨، تذكرة الفقهاء كتاب الوصايا.

المطلب الرابع

جحود الوصية

إذا أوصى شخص لآخر بوصية ثم عرضت عليه فقال لا أعرف هذه الوصية أو لم أوص بها فهل يعد هذا جحودا للوصية أم لا؟

إن جحود الوصية إما أن يكون بنفيها فى الحال أو بنفيها فى الماضى.

فإن كان الجحود نفيا للوصية فى الحال بأن قال للموصى ليس لى فى ذلك وصية منذ الآن فقد اتفق الفقهاء على أن هذا يعد رجوعا عن الوصية لأن فيها نفيا لبقاء الوصية فى المستقبل، ونفى البقاء والاستمرار هو الرجوع بعينه، فكان رجوعا.

وأما إن كان الجحود بنفس الوصية فى الماضى كأن قال الموصى لا أعرف هذه الوصية، أو قال أنا لم أوص بشئ لأحد، فقد اختلف بعض الفقهاء فى هل هذا يعد رجوعا عن الوصية أم لا؟ على قولين :-

القول الأول :-

أن هذا الجحود يعد رجوعا عن الوصية، وبهذا قال الحنفية والحنابلة فى وجه وبعض الإمامية[1]، وذلك لأن معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وإبطالها

[1] - المبسوط للسرخسى ١٦٣/٢٧، المغنى لابن قدامة ٤٧٠/٨، غير أن عبارة الأحناف اختلفت فى كتبهم، فقد ذكر أن محمد بن الحسن قال فى الجامع الكبير : إن جحود الوصية ليس برجوع، وذكر فى المبسوط أنه رجوع، ثم يقول صاحب العناية : فمن مشايخ الحنفية من حمل المذكور فى الجامع الكبير على الجحود فى غيبة الموصى له وهو ليس برجوع فى الروايات كلها لأن الجحود إنما يلتفت إليه إذا صح الإنكار، والإنكار على الغائب لا يصح، لأنه من باب المعارضة المقتضية معارضا، والمذكور فى المبسوط محمول على الجحود بحضرة الموصى له، وهو رجوع فى الروايات كلها لصحة

وفسخ العقد كلام يدل على عدم الرضا بالعقد السابق، والجحود في معناه، إذ أنه يدل على عدم الرضا بالوصية، لأن الجاحد لتصرف من التصرفات غير راض به وبثبوت حكمه، فيتحقق فيه معنى الفسخ، وإذا اتحد المقصد فيهما فلابد من اتحاد المعنى.

وقال الحنابلة في الرواية الأخرى : إن الجحود لا يعد رجوعا عن الوصية، وذلك لأن الرجوع عن الوصية يستدعي سبق وجودها وفي الجحود إنكار لوجودها في الماضي ويلزم منه إنكارها في الحال والمستقبل، يضاف إلى ذلك أن إنكار الوصية بعد وجودها في الماضي كذب محض فكان باطلا لا يتعلق به حكم، ولذا فإن الوصية تبقى صحيحة كما هي[1].

الرأى المختار :-

وبعد فإنني أرى أن الجحود للوصية رجوع فيها، وذلك لما ذكروه، يضاف إلى ذلك أن إنكار الموصي للوصية يدل على عدم رضاه بها فتبطل كالرجوع عنها تماما. ولكن نصت المادة التاسعة عشرة من القانون على أنه "لا يعتبر رجوعا عن الوصية جحدها، إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي يقصد بذلك الرجوع عن الوصية[2]".

الإنكار حينئذ، ومنهم من حمل المذكور في الجامع الكبير على الجحود صورة لاعلى الجحود الحقيقي.

انظر : العناية على الهداية ٤٣٦/١٠، المغني لابن قدامة ٤٧٠/٨، الإنصاف ٧١٣/٧، تذكرة الفقهاء، الوصايا.

[1] - المغني لابن قدامة ٤٦٨/٨.

[2] - شرح قانون الوصية ص ٢٣٢.

المبحث الثانى

مبطلات الوصية من جهة الموصى له

هناك أمور تؤدى إلى بطلان الوصية من جهة الموصى له

وفيه مطلبان :-

المطلب الأول

رد الموصى له الوصية

إن رد الموصى له للوصية له حالات، فقد يكون هذا الرد قبل موت الموصى، وقد يكون بعد موت الموصى وقبل القبول، وقد يكون بعد موت الموصى وبعد القبول وقبل القبض، وقد يكون بعد موت الموصى وبعد القبول وبعد القبض.

أولا :- إن كان رد الموصى له للوصية قبل موت الموصى.

فقد اختلف الفقهاء فى كون هذا مبطلا للوصية على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء إلى أن الرد للوصية قبل موت الموصى لا قيمة له ولا يبطل الوصية، وذلك لأن الإيجاب من الموصى قائم ما لم يرجع عنه إلى أن يحصل الموت، فهو على هذا متجدد فى كل لحظة من لحظات حياة الموصى، فلا تبطل الوصية برد الموصى له فى هذه الحالة[1].

[1] - المبسوط للسرخسى ٤٩/٢٨، روضة الطالبين ١٤٢/٦، كشاف القناع ٣٤٤/٤، المغنى لابن قدامة ٤٢٥/٨.

** وذهب زفر من الحنفية والإباضية إلى أن هذا الرد مبطل للوصية[1].

ثانيا :- إن كان الرد بعد وفاة الموصى وقبل قبول الوصية.

فقد اختلف الفقهاء فى بطلان الوصية بذلك على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء إلى صحة الرد وبطلان الوصية بذلك، وذلك لأنه أسقط الموصى له حقه فى حال يملك قبوله وأخذه فأشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع، وبذلك يستقر الملك للورثة فى الموصى به[2].

** وذهب بعض الإباضية إلى عدم بطلان الوصية بهذا الرد، وذلك استنادا إلى أن إيجاب الوصية مازال قائما بموت الموصى مصرا على وصيته فيكون الرد قبل القبول لغوا لا يترتب عليه أى أثر.

ثالثا :- إن كان الرد بعد موت الموصى وبعد القبول وقبل القبض.

وقد اختلف الفقهاء فى ذلك على النحو التالى :-

** ذهب الشافعية فى أحد الوجهين والزيدية فى الأصح وبعض الإمامية إلى أنه لا يصح الرد، وعليه لا تبطل الوصية[3].

[1] - رد المحتار على الدر المختار ٦٥٨/٦، النيل وشفاء العليل ٢١٢/٦، إلا أن الإباضية اشترطوا علم الموصى بذلك الرد وإلا لم تبطل.

[2] - نفس مراجع الجمهور السابقة.

[3] - مغنى المحتاج ٥٣/٣، روضة الطالبين ١٤٢/٦، البحر الزخار ٣٠٥/٥، المبسوط للشيخ الطوسى ٣٣/٤.

** وذهب الشافعية فى الوجه الآخر وهو الراجح عندهم والزيدية فى وجه مرجوح وبعض الإمامية إلى أن الرد صحيح وعليه تبطل الوصية بهذا الرد، وذلك لأن الوصية لا تستقر إلا بالقبض لها، وحيث إنه لم يقبض بعد فله الرد، وذلك قياسا على الوقف[1].

** وعند الحنابلة يصح الرد إذا كان الموصى به مكيلا أو موزونا، لأن المثلى لا يتعين تعينا كاملا إلا بالقبض، لأن القبض هو الذى يقرر الملكية فيه.

أما إن كان غير مكيل ولا موزون فلا يصح الرد، وذلك لأن القيمى معين من غير حاجة إلى قبض فيكتفى فى تقرير الملكية فيه بالقبول[2].

** وعند الحنفية يصح رد الموصى له للوصية بعد قبولها وقبل قبضها[3].

رابعا :- إن كان الرد بعد الموت والقبول وبعد القبض.

فى هذه الحالة تكاد أن تجمع الآراء على القول بعدم صحة الرد فى هذه الحالة، وذلك لأن الموصى له بالقبول تم عليه ملكه، وبالقبض استقر ملكه، فهو كمن وهب منه وأقبضه إياه فإنه لا يملك رده[4].

[1] - نفس المراجع السابقة.

[2] - الإنصاف للمرداوى ٢٠٥/٧، الكافى ٤٨٣/٢.

[3] - حاشية ابن عابدين ٦٥٨/٦.

[4] - حاشية ابن عابدين ٦٥٨/٦، المهذب ٤٥٢/١، كشاف القناع ٣٤٥/٤، شرائع الإسلام ٢٥٥/٢.

المطلب الثانى

موت الموصى له قبل الموصى

اختلف الفقهاء فى أن موت الموصى له قبل الموصى مبطل للوصية أم لا على مذهبين :-

** فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية إلى القول ببطلان الوصية بموت الموصى له قبل موت الموصى، وذلك لأن الوصية عطية صادفت المعطى ميتا فلم تصح، كما لو وهب ميتا والميت غير أهل للتمليك فلا يصح صرفها إليه، وكذلك تبطل لو مات الموصى له قبل القبول[1].

** وذهب الإمامية فى المشهور عندهم إلى عدم بطلان الوصية بموت الموصى له قبل موت الموصى، وإنما تكون لورثة الموصى له إذا لم يرجع عنها الموصى[2].

وقد جاء فى المادة الرابعة عشرة ما نصه : إن الوصية تبطل بالنسبة للموصى له إذا مات قبل الموصى[3].

[1] - إلا أن الحنفية يقولون لو مات قبل القبول فإنها تكون صحيحة ولا تبطل، انظر : الفتاوى الهندية ٩٠/٦، نتائج الأفكار ٤٢٩/١٠، المغنى لابن قدامة ٤١٣/٨، المهذب للشيرازى ٤٥٣/١، شرائع الإسلام ٢٥٥/٢، البحر الزخار ٣٠٥/٥.

[2] - شرائع الإسلام ٢٥٥/٢.

[3] شرح قانون الوصية ص ٢٧٥.

المبحث الثالث

مبطلات الوصية من جهة الموصى به

تبطل الوصية من جهة الموصى به بالأمور التالية :-

الأمر الأول :- هلاك الموصى به :-

اتفق الفقهاء على أن هلاك الشئ الموصى بـه وانعدامـه يـؤدى إلى بطـلان الوصية، كما لو أوصى بدار فهدمت أو ماشية فماتت، وذلك لأن انعدام الموصى به وهلاكه معناه انعدام محل الوصية[1].

الأمر الثاني :- استحقاق الموصى به :-

اتفق الفقهاء أيضا على بطلان الوصية إذا كان الموصى به مستحقا كله أو جزءا منه ولو بعد تملك الموصى له للموصى به، وذلـك لأن الموصـى يكـون فـى هذه الحالة موصيا بما ليس فى ملكه، فتكون وصيته باطلة.

أما إذا كان الهلاك أو الاستهلاك بعد وفاة الموصى وقبل قبول الموصـى لـه فإنه يكون مبطلا للوصية إذا كان بغير اعتداء علـى الموصـى بـه يوجـب الضمـان لزوال محل الوصية من غير بدل لها.

[1] – بدائع الصنائع ٣٩٤/٧، المغنى لابن قدامة ٤٦٩/٨، الشرح الكبير للإمـام الدردير ٤٤٠/٤، نهاية المحتاج شرح المنهاج ٧٢/٦.

أما إذا كان ذلك نتيجة اعتداء يوجب الضمان فإن الوصية تتعلق بقيمة الموصى به المضمون.

لأن الاعتداء وقع على ملك الموصى له فيستحق لذلك ضمانه.

وقد جاء فى قانون الوصية فى المادة الخامسة عشرة ما نصه "تبطل الوصية إذا كان الموصى به معينا وهلك قبل قبول الموصى له" وجاء فى المادة السابعة والأربعين ما نصه : إذا كانت الوصية بعين من التركة أو نوع من أنواعها فهلك الموصى به أو استحق فلا شئ للموصى له، وإذا هلك بعضه أخذ الموصى له ما بقى منه إذا كان يخرج من ثلث التركة، وإلا كان له فيه بقدر الثلث[1].

الأمر الثالث :- إحاطة الدين بالتركة :-

اتفق الفقهاء على أن الدين مقدم على الوصية، لأن أداء الدين واجب والوصية مستحبة، فيقدم الواجب على المستحب، فإذا استغرق الدين جميع التركة بطلت الوصية إلا إذا أبرأ الغرماء الموصى من الدين أو تبرع أجنبى بسداده.

وقد جاء فى المادة الثامنة والثلاثين ما نصه : تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه، فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية فى الباقى بعد وفاء الدين.

[1] - شرح قانون الوصية ص ٢٨٢.

الأمر الرابع :- تغير الموصى به إلى شئ حرمه الشرع كأن يوصى لمسلم بعصير عنب فيتحول إلى خمر فإن الوصية تبطل فى هذه الحالة، لأنها تحولت إلى وصية بمحرم فتبطل.

ولأن الوصية إنما جازت تداركا لما فات الإنسان أو قصر فيه من أعمال البر، والوصية بالمعصية لا تجوز لفقدانها هذه الصفة.

والحمد لله رب العالمين.

الخاتمة

﴿اللهم ارزقنا حسنها﴾

فى أهم النتائج التى توصلت إليها من خلال البحث وهى :-

١. إن الوصية مشروعة وتعتريها الأحكام التكليفية الخمسة.

فتكون واجبة :- إذا كانت متعلقة بحق من حقوق الله تعالى أو بحق من حقوق العباد.

وتكون مندوبة :- لمن ترك خيرا أن يوصى لأهل العلم والأقربين.

وتكون محرمة :- إذا أوصى بشئ محرم، كالحيف فى الوصية بأن يوصى بأكثر من الثلث، أو يوصى للوارث، أو بشئ محرم.

وتكون مكروهة :- إذا أوصى لغير قريبه مع وجود قريبه الفقير المحتاج.

وتكون مباحة :- إذا استوى فعلها وتركها كالوصية بالبيع والشراء.

٢- إن قبول الموصى له لابد منه لانعقاد عقد الوصية، ولا يشترط له صيغة معينة، وإنما يتحقق بكل ما يدل عليه، سواء كان القبول باللفظ أو بأى تصرف يدل على الرضا.

ولا يكون القبول معتبرا إلا بعد موت الموصى، فلا عبرة بقبول الموصى له أو رده فى حياة الموصى.

٣- إن قبول الوصية يكون على التراخى.

٤- إن الوصية تنعقد بالكتابة من العاجز عن النطق، وكذلك تنعقد بالكتابة من القادر على النطق.

٥-وجوب الإشهاد على الوصية الكتبية.

٦-إن الإشارة من العاجز عن النطق تنعقد بها الوصية.

٧-لا تنعقد الوصية منجزة، وإنما تنعقد مضافة لما بعد الموت، ويجوز إضافتها إلى أى زمن يأتى بعد موت الموصى.

٨-يصح تعليق الوصية واقترانها بالشرط.

٩-إن وصية الصبى المميز وغير المميز باطلة.

١٠- إن وصية المجنون باطلة، أما إذا أوصى وهو كامل الأهلية ثم جن بعد ذلك فإن وصيته لا تبطل بزوال أهليته، سواء كان الجنون مطبقا أو ـ لا، اتصل بالموت أو لم يتصل.

١١-إن وصية السكران باطلة مطلقا، سواء كان السكر بمحرم أو بمباح.

١٢-إن وصية السفيه وذى الغفلة صحيحة.

١٣-وصية الذمى والمستأمن جائزة وصحيحة للمسلم، إذا كانت قربة فى حقنا وليست قربة عندهم، أما إذا كانت الوصية قربة فى حقهم وليست قربة فى حقنا فإنها تكون جائزة لهم وباطلة فى حقنا.

١٤-وصية الحربى للمسلم ولغيره جائزة وصحيحة إذا لم يوص بمحرم، وغير صحيحة إذا أوصى بمحرم.

١٥-وصية المرتد صحيحة، ولكن لا تنفذ بل توقف حتى نعلم ما سيؤول إليه أمره، فإن تاب نفذت وصيته وإلا بطلت.

١٦-وصية المكره والهازل والمخطئ باطلة.

١٧-وصية العبد لا تجوز، ووصية المكاتب جائزة إذا أضيفت إلى ما يملكه بعد العتق.

١٨-وصية المدين منعقدة صحيحة، لكنها غير نافذة لأنها موقوفة على إذن الغرماء، حتى ولو كانت الوصية واجبة.

١٩-وصية الفقير الذى له ورثة صحيحة نافذة، ولكنها غير مستحبة.

٢٠-الوصية للحمل صحيحة بشروط.

٢١-الوصية للميت لا تجوز.

٢٢-تعيين الموصى له بالاسم أو الإشارة إذا كان موجودا وقت الوصية.

٢٣-إن كانت الوصية لغير معين بالاسم أو الإشارة وإنما كان الموصى له معروفا بالوصف كالفقراء والمساكين فإنه يشترط وجودهم وقت موت الموصى فقط.

٢٤-يشترط العلم بالموصى له وقت الوصية فلا تجوز الوصية للمجهول.

٢٥-إن الوصية لجهة من جهات البر جائزة، سواء عين جهة الإنفاق عليها أو لم يعين، كالوصية للمساجد والمستشفيات وغير ذلك.

٢٦-وصية المسلم لأى جهة من جهات المعصية باطلة.

٢٧-صحة الوصية للمسلم، سواء كانت الوصية من مسلم أو من كافر.

٢٨-صحة وصية المسلم للذمى.

٢٩-عدم صحة وصية المسلم للمستأمن والحربى إلا إذا كانا أقرباء للموصى.

٣٠-صحة الوصية للمرتد، فإن مات مرتدا بطلت.

٣١-إن الوصية للوارث صحيحة موقوفة على إجازة الورثة.

٣٢-الوصية للقاتل صحيحة، سواء كان القتل عمدا أو خطأ.

٣٣-يشترط فى الموصى له أن يكون ممن يتأتى له الملك بنفسه أو بوليه.

٣٤-صحة الوصية للعبد وأنه يعتق من العبد بقدر ما وصى له به.

٣٥-إن الوصية إذا كانت فى حدود الثلث أو أقل من ذلك فإنها تكون صحيحة ونافذة ولا تتوقف على إجازة أحد من الورثة طالما أن مال الموصى يسع ديونه.

٣٦-إن الوصية إذا زادت عن الثلث كانت صحيحة موقوفة على إجازة الورثة.

٣٧-تجوز الوصية بأكثر من الثلث بل بجميع المال فى حال عدم وجود وارث.

٣٨-إن الإجازة من الورثة لما زاد عن الثلث إنما هى تنفيذ للوصية لا ابتداء عطية وهبة.

٣٩-إن الإجازة من الورثة لما زاد عن الثلث إن كانت بعد وفاة الموصى فإنها تكون صحيحة، وإن كانت فى حياة الموصى فإنها تكون غير صحيحة.

٤٠-إن الوقت المعتبر لاستحقاق الثلث هو وقت القسمة والتنفيذ.

٤١-إن الوصية إن كانت بشئ محرم فإنها تكون باطلة.

٤٢-الوصية بالكلب جائزة وصحيحة إذا كان الكلب يباح اقتناؤه.

٤٣-لابد أن يكون الموصى به مملوكا للموصى، فلا تصح الوصية بمال الغير.

٤٤-الوصية تصح بالشئ المجهول.

٤٥-تصح الوصية بالحمل والصوف واللبن إذا كان موجودا فى بطن أمه وقت الوصية.

٤٦-تصح الوصية بالغلة والثمرة المستقبلة، وتكون للموصى له على التأبيد، فيأخذ ما كان موجودا وما سيوجد بعد ذلك.

٤٧-تصح الوصية بالدين لمن عليه دين ولغيره.

٤٨-تصح الوصية بالمنافع.

٤٩-إن تقدير المنفعة الموصى بها تختلف باختلاف المدة الموصى بها فإن كانت مدة الانتفاع مؤبدة أو مطلقة أو مجهولة ففى تقدير المنفعة وجهان :

أحدهما :- أن تقدر المنفعة والرقبة معا من الثلث.

وثانيهما :- أن تقدر بقيمة المنفعة وحدها.

وإن كانت مدة الانتفاع بالعين موقتة ومحددة بمدة معينة فإنه فى هذه الحالة تقدر المنفعة فقط دون العين.

٥٠- إن نفقة العين الموصى بمنفعتها تكون على الموصى له.

٥١- إن مالك الرقبة إن باعها للموصى له بالمنفعة صح البيع ونفذ وبطلت الوصية، وإن باعها لغير الموصى له بها صح البيع أيضا ونفذ مع بقاء حق الموصى له فى المنفعة حتى يستوفى حقه منها.

٥٢- الوصية بمنفعة العين المستأجرة صحيحة.

٥٣- يجوز استبدال نوع المنفعة بأخرى.

٥٤- يجوز الوصية بالخلو.

٥٥- إن الوصية الواجبة لم تثبت لأحد من الأقارب من قبل الشرع.

٥٦- يجوز للموصى أن يرجع فى وصيته، لأن الوصية عقد غير لازم.

٥٧- إن الجحود للوصية رجوع فيها.

٥٨- إن رد الموصى له للوصية بعد وفاة الموصى وقبل قبول الوصية جائز وبه تبطل الوصية.

أما رد الوصية قبل موت الموصى فإنه لا قيمة له ولا تبطل به الوصية.

وكذلك الرد بعد قبول الموصى له أو بعد قبوله وقبضه للوصية لا قيمة له أيضا.

٥٩- إن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصى.

٦٠- تبطل الوصية بهلاك الموصى به واستحقاقه.

٦١- تبطل الوصية بإحاطة الدين بالتركة.

٦٢- تبطل الوصية إذا تغير الموصى به إلى شئ حرمه الله عز وجل.

وبعد فهذا جهد الضعيف المقل فإن أكن قد وفقت فما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب وإن تكن الأخرى فالله اسأل أن يغفر لى هذا التقصير، واسأله سبحانه وتعالى وهو المسئول وحده أن ينفع به، وأن يجزل لنا ولمشايخنا ولأصحاب الفضل علينا المثوبة والعطاء وأن يجمعنا وإياهم مع النبيين والصديقين والشهداء والصالحين إنه نعم المولى ونعم النصير.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

الفهارس

مراجع البحث

أولا : مراجع التفسير :-

١.أحكام القرآن للإمام الجصاص، طبعة دار الكتاب العربى - بيروت.

٢.تفسير ابن كثير، طبعة إحياء الكتب العربية.

٣.التفسير الكبير للإمام فخر الدين الرازى، طبعة دار الكتب العلمية - طهران.

٤.جامع البيان للإمام الطبرى، طبعة دار المعارف المصرية.

٥.الجامع لأحكام القرآن للقرطبى، طبعة دار الكتب المصرية.

ثانيا : كتب الحديث وشروحه :-

١.التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول للشيخ منصور على ناصف، طبعة دار الفكر - بيروت.

٢.تلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير لابن حجر، طبعة المدينة المنورة.

٣.سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعانى، طبعة الريان للتراث.

٤.سنن ابن ماجه، طبعة المكتبة العلمية - بيروت.

٥.سنن أبى داود، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت.

٦.سنن الترمذى، طبعة إحياء التراث العربى - بيروت.

٧.سنن الدارقطنى، طبعة دار الفكر - بيروت.

٨.سنن النسائى، طبعة دار الفكر - بيروت.

٩.سنن الدارمى، طبعة دار إحياء السنة المحمدية.

١٠.السنن الكبرى للبيهقى، طبعة دائرة المعارف العثمانية.

١١.شرح الزرقانى على موطأ مالك، طبعة الكليات الأزهرية.

١٢.شرح معانى الآثار للطحاوى، طبعة مطبعة الأنوار المحمدية بالقاهرة.

١٣.صحيح البخارى، طبعة دار الريان.

١٤.صحيح مسلم، طبعة دار الفكر - بيروت.

١٥.عون المعبود شرح سنن أبى داود، طبعة المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.

١٦.فتح البارى شرح صحيح البخارى، طبعة المطبعة السلفية ومكتبتها.

١٧.مجمع الزوائد للهيثمى، طبعة دار الكتاب - بيروت لبنان.

١٨.مصنف ابن أبى شيبة، طبعة الهند.

ثالثا : كتب القواعد والأصول :-

١.الأشباه والنظائر لابن نجيم، طبعة الحلبى.

٢.الأشباه والنظائر للإمام السيوطى، طبعة الحلبى.

٣.التقرير والتحبير لابن الأمير، طبعة بولاق.

٤.التلويح على التوضيح لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازانى الشافعى، طبعة المطبعة الخيرية بمصر.

٥.تهذيب الفروق للإمام القرافى، طبعة دار النهضة العربية.

٦.تيسير التحرير للعلامة محمد أمين، طبعة مصطفى البابى الحلبى.

٧.شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير لشهاب الدين أحمد الفتوحي، طبعة مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة.

٨.كشف الأسرار للإمام البزودى، طبعة دار الكتاب العربى - بيروت.

٩.مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول لمحمد بن فراموز بن على / المعروف بمنلاخسرو.

١٠.الموافقات للإمام الشاطبى، طبعة الشرق الأدنى.

رابعا : مراجع الفقه :-

أ - مراجع الفقه الحنفى :-

١.البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، طبعة دار المعرفة - بيروت.

٢.بدائع الصنائع للإمام الكاسانى، طبعة مطبعة الإمام بمصر.

٣.تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيعلى، طبعة دار المعرفة - بيروت.

٤.رد المحتار على الدار المختار، المسمى بحاشية ابن عابدين، طبعة مصطفى البابى الحلبى.

٥.شرح العناية على الهداية لمحمود البابرتى، طبعة دار الفكر - بيروت.

٦.الفتاوى الهندية، ألفت بأمر السلطان المظفر محيى الدين محمد، طبعة المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق.

٧.الفتاوى الخانية، مطبعة المتوكل بمصر.

٨.المبسوط للسرخسى، طبعة دار صادر - بيروت.

٩. مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر للشيخ عبد الرحمن بن محمد المعروف بداماد أفندى، طبعة دار إحياء التراث العربى.

١٠. نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار لشمس الدين المعروف بقاضى زادة أفندى، طبعة دار الفكر ـ بيروت.

ب – مراجع الفقه المالكي :–

١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، طبعة دار الكتب العلمية ـ بيروت.

٢. بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوى، طبعة الحلبى.

٣. التاج والإكليل للمواق على مختصر خليل بهامش مواهب الجليل، الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ.

٤. حاشية العدوى مطبوعة مع شرح الخرشى، الطبعة الثالثة ١٣٧١هـ.

٥. حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، طبعة إحياء الكتب العربية، عيسى البابى الحلبى.

٦. الخرشى على مختصر خليل، طبعة دار صادر ـ بيروت.

٧. الشرح الكبير للإمام الدردير، طبعة دار إحياء التراث العربى.

٨. المدونة الكبرى للإمام مالك، طبعة دار صادر ـ بيروت.

٩. مواهب الجليل للحطاب، طبعة مكتبة النجاح بليبيا.

جـ- مراجع الفقه الشافعي :-

١- أسنى المطالب شرح روضة الطالب للأنصارى، طبعة المطبعة الميمنية بالقاهرة.

٢- الأم للإمام الشافعي، طبعة دار المعارف - بيروت.

٣- تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمى شرح المنهاج للإمام النووى، طبعة المكتب الإسلامى - بيروت.

٤- تكملة المجموع للمطيعى، طبعة الإمام بمصر.

٥- حاشية الشروانى على تحفة المحتاج، طبعة دار صادر - بيروت.

٦- حاشية قليوبى وعميرة، طبعة دار الفكر - بيروت.

٧- روضة الطالبين للإمام النووى، طبعة المكتب الإسلامى - بيروت.

٨- شرح المنهاج للمحلى، طبعة دار إحياء الكتب العربية بمصر.

٩- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، طبعة الحلبى.

١٠- مغنى المحتاج شرح المنهاج للخطيب الشربينى، طبعة الحلبى.

١١- المهذب للإمام الشيرازى، طبعة دار الفكر - بيروت.

د - الفقه الحنبلى :-

١- الإقناع للحجاوى المقدسى، طبعة المطبعة المصرية بالأزهر.

٢- الإنصاف فى معرفة الراجح من مسائل الخلاف للمرداوى، طبعة دار إحياء التراث العربى - بيروت.

٣- دقائق أولى النهى شرح المنتهى، لمنصور البهوتى، طبعة أنصار السنة.

٤.الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتي، طبعة المكتبة الفيصلية بمكة المكرمة.
٥.شرح منتهى الإرادات للبهوتي، طبعة المكتبة الفيصلية بمكة المكرمة.
٦.كشاف القناع للبهوتي، طبعة دار الفكر - بيروت.
٧.الكافي لابن قدامة، طبعة المكتب الإسلامي - بيروت.
٨.المبدع شرح المقنع لابن مفلح، طبعة المكتب الإسلامي - بيروت.
٩.مجموع فتاوى ابن تيمية الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ.
١٠.المحرر في الفقه لابن تيمية الجد،طبعة دار الكتاب العربي.
١١.المغني لابن قدامة، الطبعة المحققة، دار هجر بمصر.

هـ - مراجع المذاهب الأخرى :-

١.الإيضاح للشماخي، طبعة دار الفتح - بيروت.
٢.بلغة الفقيه لمحمد بحر العلوم من الإمامية، الطبعة الحجرية.
٣.البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لابن المرتضى أحمد بن يحيى، طبعة مؤسسة الرسالة - بيروت.
٤.رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل للطباطبائي، الطبعة الحجرية.
٥.الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعاني، طبعة المؤيد بالطائف.
٦.السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للإمام الشوكاني، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت.
٧.شرح النيل وشفاء العليل لمحمد بن يوسف أطفيش، طبعة دار الفتح - بيروت.

٨.شرائع الإسلام للحلى، طبعة دار مكتبة الحياة ـ بيروت.

٩.العروة الوثقى لمحمد كاظم، طبعة العرفان بلبنان ١٣٤٨هـ.

١٠.اللمعة الدمشقية، مطبوع مع الروضة البهية، للشهيد الأول أبى عبد الله محمد بن مكى، طبعة دار المعارف الإسلامية ـ طهران.

١١.المحلى لابن حزم الظاهرى، طبعة المكتبة التجارية للطباعة والنشر والتوزيع ـ بيروت.

١٢.المختصر النافع للحلى، طبعة وزارة الأوقاف المصرية.

١٣.مفتاح الكرامة للعاملى محمد جواد بن محمد، مطبعة انكين بطهران.

١٤.منهاج الصالحين للحكيم السيد محسن الطباطبائى الإمامى، طبعة مطبعة النعمان بالنجف الأشرف.

خامسا : مراجع اللغة :-

١.التعريفات للجرجانى، طبعة مصطفى البابى الحلبى.

٢.شرح الحدود لابن عرفة، طبعة المطبعة التونسية.

٣.القاموس المحيط للفيروز ابادى، طبعة المطبعة الأميرية.

٤.لسان العرب لابن منظور، طبعة دار صادر ـ بيروت.

٥.لغة الفقه للإمام النووى، طبعة دار القلم ـ دمشق.

٦.المصباح المنير للفيومى، طبعة بلونين ميسرة ـ لبنان.

٧.معجم ألفاظ القرآن الكريم، طبعة دار الفكر ـ بيروت.

٨.معجم مقاييس اللغة لابن فارس، طبعة دار إحياء الكتب العربية.

٩.المعجم الوسيط، طبعة مكتبة الصحوة بمصر.

سادسا : المراجع الحديثة :-

١.أحكام الوصايا للأستاذ الدكتور / مصطفى شلبى، طبعة دار التأليف.

٢.أحكام الوصية بحوث مقارنة للشيخ على الخفيف، طبعة ١٩٦٢.

٣.أحكام الوصايا فى الفقه الإسلامى للدكتور / على بن عبد الرحمن الربيعة، طبعة دار اللواء بالرياض.

٤.أصول الفقه للأستاذ الدكتور / محمد زكريا البرديسى، طبعة دار النهضة العربية.

٥.أصول الفقه الإسلامى للدكتور / وهبة الزحيلى، طبعة دار الفكر - بيروت.

٦.حق النفقة الزوجية لأستاذنا الدكتور / على أحمد مرعى، طبعة مطبعة السباعى.

٧.شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة، طبعة مطبعةأحمد مخيمر.

٨.عقد الوصية للأستاذ الدكتور / أبو العينين بدران، طبعة المعهد العالى للقضاء بالرياض.

٩.عقد الإيصاء للأستاذ الدكتور / محمد إسماعيل أبو الريش، طبعة مطبعة الأمانة بمصر.

١٠.عوارض الأهلية عند الأصوليين للدكتور / حسين الجبورى، طبعة معهد البحوث العلمية بمكة المكرمة.

١١.الميراث المقارن للشيخ الكشكى، طبعة المعهد العالى.

١٢.نظرية الأجل فى الالتزام للأستاذ الدكتور / عبد الناصر العطار، طبعة مطبعة السعادة.

١٣.نظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة، طبعة ١٩٧٠م.

١٤.الوصية وأحكامها فى الفقه الإسلامى للشيخ محمد جعفر، طبعة دار التراث الإسلامى - بيروت.

١٥.الوصية للأستاذ الدكتور / محمد زكريا البرديسى، طبعة دار النهضة.

١٦.الوصية وأحكامها للأستاذ الدكتور / محمود على، طبعة دار الهدى.

١٧.الوصية فى الشريعة الإسلامية للشيخ عيسوى أحمد.

١٨.الولاية والوصايا للأستاذ الدكتور الحصرى، طبعة دار الجيل - بيروت.

سابعا : مراجع الأعلام :-

١.الأبحاث السامية فى المحاكم الإسلامية وموادها الشرعية لمحمد المرير اللكنوى الهندى، مطبوع بذيل الفوائد، طبعة كريماديس بنطوان.

٢.أسد الغابة فى معرفة الصحابة لابن الأثير، طبعة الشعب.

٣.الاستيعاب فى معرفة الأصحاب لابن عبد البر، طبعة نهضة مصر.

٤.الأسماء واللغات للإمام النووى، طبعة دار الكتب العلمية.

٥.الإصابة فى معرفة الصحابة لابن حجر العسقلانى، مطبعة السعادة.

٦.الأعلام للزركلى، الطبعة الثالثة، طبعة دار صادر - بيروت.

٧.البداية والنهاية لابن كثير، طبعة مطبعة السعادة بالقاهرة.

٨.تاريخ بغداد لأبى بكر أحمد بن على الخطيب البغدادى، طبعة دار الكتاب العربى - بيروت.

٩.تذكرة الحفاظ للذهبى، طبعة حيدر أباد بالهند.

١٠.تقريب التهذيب لابن حجر، طبعة دار الرشيد بسوريا.

١١.تهذيب التهذيب لابن حجر، طبعة دار صادر - بيروت.

١٢.الجواهر المضيئة فى طبقات الحنفية لعبد القادر بن أبى الوفاء، طبعة مطبعة دائرة المعارف النظامية بالهند.

١٣.خلاصة تذهيب التهذيب للكمال، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق.

١٤.سير أعلام النبلاء للذهبى، طبعة مؤسسة الرسالة.

١٥.شجرة النور الزكية فى طبقات المالكية لمحمد بن مخلوف، المطبعة السلفية.

١٦.شذرات الذهب فى أخبار من ذهب لابن العماد الحنبلى، طبعة المكتب التجارى للطباعة والنشر.

١٧.طبقات الحفاظ للذهبى، طبعة دار صادر - بيروت.

١٨.طبقات الإمام السبكى، طبعة عيسى الحلبى.

١٩.الطبقات الكبرى لابن سعد، طبعة بيروت.

٢٠.طبقات الشيرازى، طبعة دار الرائد العربى - بيروت.

٢١.طبقات الحفاظ للإمام السيوطى، مطبعة الاستقلال الكبرى بالقاهرة.

٢٢.العبر فى أخبار من غبر، طبعة مطبعة الحكومة بالكويت.

٢٣.الفكر السامى، طبعة دار المعارف.

٢٤.الفوائد البهية فى تراجم الحنفية لمحمد بن عبد الحى اللكنوى، طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر.

٢٥.مصطلحات الفقه الحنبلى، د / سالم على الثقفى، الطبعة الثالثة.

٢٦.هدية العارفين لإسماعيل باشا البغدادى، طبعة دار إحياء التراث العربى – بيروت.

٢٧.وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لابن خلكان، طبعة دار صادر - بيروت.

فهرست الموضوعات

أبحاث المؤلف

١- أحمد بن حجر الهيتمي الشافعي المكي وأثره في الفقه الإسلامي - رسالة ماجستير.

٢- العيب وأثره في العقود اللازمة في الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - رسالة الدكتوراه.

٣- أحكام النجاسات في الشريعة الإسلامية.

٤- الشبهات المسقطة لحد السرقة - دراسة فقهية مقارنة.

٥- الرضاع المحرم وبنك اللبن - طبع مرتين.

٦- القربات - إهداؤها إلى الموتى والاستئجار عليها - طبع مرتين.

٧- هداية الأنام لمعرفة سبب اختلاف الصحابة والفقهاء في الأحكام - بالاشتراك مع الدكتور/ أحمد علاء - طبع مرتين.

٨- مختارات من مسائل المعاملات - دراسة مقارنة.

٩- ضمان المرتهن للرهن وانتفاعه به - دراسة مقارنة.

١٠- فقه الربا - وأهم شبه القائلين بحل بعض صوره والرد عليها - دراسة فقهية مقارنة.

١١- فقه الطلاق - دراسة فقهية مقارنة.

١٢- شركة المضاربة - دراسة فقهية مقارنة.

١٣- اللقطة وأحكامها في الشريعة الإسلامية - دراسة فقهية مقارنة.

١٤- الجناية على الجنين "الإجهاض" - دراسة فقهية مقارنة.

١٥- الحوالة وأحكامها - دراسة فقهية مقارنة.

١٦- أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية-دراسة فقهية مقارنة .

١٧- صلاة الجماعة وتكرارها - دراسة فقهية مقارنة.

١٨- فقه الصيام - دراسة فقهية مقارنة.

١٩- أحكام الحج والعمرة - دراسة فقهية مقارنة على طريق السؤال والجواب.

٢٠- فقه الطهارة والصلاة على طريقة السؤال والجواب.



﴿ رقم الإيداع بدار الكتب المصرية ٩٦/٣٤٢٣ ﴾

